Die Bedeutung der Pflichtenkollision im Strafrecht

Abhandlung

zur

Erlangung der Doktorwürde

vorgelegt

der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät

der

Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität

zu **Bonn**

von

Josef Bartholomé

Referendar in Jülich

Universitätsverlag von Robert Noske in Borna-Leipzig

1930

Angenommen auf Bericht des Professors Dr. Graf zu Dohna

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Inhalt.

Kapitel I. Einleitung. Seite

§ 1. Die Möglichkeiten von Pflichtenkollisionen 1
§ 2. Welchen Pflichten kommt Bedeutung im Strafrecht zu? . . 3
§ 3. Abgrenzung des Thema. — Problemstellung 5

Kapittel II. Der Zweck der Rechtsordnung.

§ 4. Entstehung und Aufgabe der Rechtsordnung 6
§ 5. Die Unvermeidbarkeit von Pflichtenkollisionen innerhalb der Rechtsordnung 10

Kapitel III.

§ 6. Von der Rechtswidrigkeit: Formelle und materielle Rechtswidrigkeitt 12

Kapitel IV.

§ 7. Die Bedeutung und Lösung der Pflichtenkollision im Strafrecht 16
I. Kommt der inneren Einstellung des Täters bei der Lösung der Pflichtenkollision irgendwelche Bedeutung zu? 19
II. Wer hat darüber zu entscheiden, welche von den Pflichten die wichtigere ist? 23
III. Nach welchen Gesichtspunkten ist die höhere Pflicht festzustellen 25
A. Negative Feststellungen 27
B. Positives Ergebnis 30
C. Anwendung bei Kollision zweier öffentlich-rechtlicher Pflichten 31

Kapitel V. Anhang.

§ 8. Die unbefugte Geheimnisoffenbarung und der sogenannte rechtswidrige Befehl 32
I. Die unbefugte Geheimnisoffenbarung 32
II. Der sogenannte rechtswidrige Befehl 35

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41548917_0139

Literatur.

Allfeld, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts. 8. Aufl. des von Hugo Meyer begründeten Lehrbuchs, 1922.

v. Ammon, Der bindende rechtswidrige Befehl. (Strafrechtliche Abhandlungen Heft 217.) 1926.

Aschaffenburg, Die rechtlichen Grundlagen der gerichtlichen Psychiatrie. A: Strafrecht und Strafprozeß. In Hoches Handbuch der gerichtlichen Psychiatrie 1909 S. 3 ff.

v. Bar, Gesetz und Schuld. Bd. I 1906; Bd. II 1907; Bd. III 1909.

Battenberg, Das auf Befehl begangene Verbrechen. 1916.

Baumgarten, Notstand und Notwehr. 1911.

Beling, Die Lehre vom Verbrechen. 1906.

— Grenzlinien zwischen Recht und Unrecht in der Ausübung der Strafrechtspflege. 1913.

— Grundzüge des Strafrechts. 8. u. 9. Aufl. 1925.

— Rechtswissenschaft und Rechtsphilosophie. 1923.

— Unschuld, Schuld und Schuldstufen im Entwurf zu einem Deutschen Strafgesetzbuch. 1910.

Bendix, Die Rechtspflicht des Schweigens (insbesondere mit Rücksicht auf § 300 StrGB). In Goltdammers Archiv Bd. 52 S. 1 ff.

Berner, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts. 18. Aufl. 1898.

Bierling, Juristische Prinzipienlehre. Bd. 1—3. 1905.

Binder, Philosophie des Rechts. 1925.

Binding, Die Normen und ihre Übertretung. I. Bd. 3. Aufl., II.—IV. Bd. 2. Aufl., 1914—1927.

— Handbuch des Strafrechts. I. Bd. 1885.

— Lehrbuch des gemeinen Deutschen Strafrechts, Besonderer Teil. 2. Aufl. I. Bd. 1902, II. Bd. 1904/05.

Böhme, Strafbarkeit der Verletzung des ärztlichen Berufsgeheimnisses. In Allgem. Zeitschrift für Psychiatrie und psychisch-gerichtliche Medizin 57 S. 743.

Broglio, Der strafrechtliche Notstand im Lichte der Strafrechtsreform. Bonner rechtswissenschaftliche Abhandlungen Heft 4, 1928.

Bumm, Grundriß zum Studium der Geburtshilfe. 1922.

van Calker, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit für auf Befehl begangene Handlungen (insbesondere nach Militärstrafrecht). 1891.

Dohna, Graf zu, Das Strafprozeßrecht. 3. Aufl. 1929.

— Die legislative Behandlung von Notwehr und Notstand. In Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft Bd. 33 S. 125 ff.

— Die Rechtswidrigkeit als allgemeingültiges Merkmal im Tatbestand strafbarer Handlungen. 1905.

Dohna, Graf zu, Elemente des Schuldbegriffs. 1904. In Gerichts-Saal 65 S. 304 ff.
— Freiherr Alexander Hold von Fernek: Der Begriff der Rechtswidrigkeit. In Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft Bd. 24 S. 53 ff.
— Recht und Irrtum. 1925.
— Willensfreiheiten und Verantwortlichkeit. In Monatsschrift für Krim. Psychiatrie und Strafrechtsreform 3 S. 513 ff.
— Zum neuesten Stand der Schuldlehre. In Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft Bd. 32 S. 323 ff.
Ebermayer, Arzt und Patient in der Rechtsprechung. 1925.
Ebermayer-Lobe-Rosenberg, Reichsstrafgesetzbuch. 4. Aufl. 1929.
Finger, Kritische Bemerkung zur Lehre vom Tatbestand und der Rechtswidrigkeit. In Gerichts-Saal Bd. 97 S. 385 ff.
— Lehrbuch des Deutschen Strafrechts. 1904.
Fischer, Die Rechtswidrigkeit mit besonderer Berücksichtigung des Privatrechts. 1911.
Frank, Das Strafgesetzbuch des Deutschen Reiches. 17. Aufl. 1926.
— Der Aufbau des Schuldbegriffs. 1907.
Freudenthal, Schuld und Vorwurf im Entwurf zu einem Strafgesetzbuch. 1922.
Friedersdorf, Die unbefugte Offenbarung von Privatgeheimnissen durch Rechtsbeistände, Medizinalpersonen und ihre Gehilfen. 1906.
Gans, Das ärztliche Berufsgeheimnis. 1907.
Gerhard, Der strafrechtliche Schutz des Briefes. 1905.
Gerland, Deutsches Reichs-Strafrecht. 1922.
Geyer, Grundriß zu Vorlesungen über gemeines Deutsches Strafrecht. 1. Hälfte: Einleitung und Allgemeiner Teil. 1884.
Giesker, Das Recht der Privaten an der eigenen Geheimsphäre. 1905.
Gierginoff, Der bindende Befehl im Strafrecht. 1904.
Goldschmidt, Der Notstand, ein Schuldproblem. 1913.
Hahn, Untersuchungen über die rechtliche Natur ärztlicher Eingriffe. (Strafrechtliche Abhandlungen Heft 247.) 1928.
Hälschner, Das gemeine Deutsche Strafrecht. I. u. II. Bd. 1881 bis 1887.
— Nochmals das Unrecht und seine verschiedenen Formen. In Gerichts-Saal 28 S. 401 ff.
Hatschek, Lehrbuch des Deutschen und Preußischen Verwaltungsrechts. 5. u. 6. Aufl. 1927.
Hegler, Die Merkmale des Verbrechens. In Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft Bd. 36 S. 19 ff.
Heilborn, Die Pflicht der preußischen und der Reichsbeamten zur Befolgung rechtswidriger Dienstbefehle. In Festschrift für Gierke, 1911, S. 125 ff.
Heimberger, Rechtsmäßiges und rechtswidriges Handeln. In Vergleichende Darstellung des Deutschen und ausländischen Strafrechts, Allgemeiner Teil, Bd. 4 S. 1 ff.
— Zur Lehre vom Ausschluß der Rechtswidrigkeit. 1907.
Hippe, Unbefugte Offenbarung von Privatgeheimnissen nach § 300 StrGB. In Goltdammers Archiv Bd. 46 S. 283 ff.
Hoche, Ärztliches Rechtslehrbuch. 1906.

Hofacker, Die strafbar Handelnden. In Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie Bd. 17 S. 102 ff.
— Rechtswidrigkeit und Kriegsverbrechen. 1921.
Hold von Ferneck, Freiherr, Die Rechtswidrigkeit. I. Bd.: Der Begriff der Rechtswidrigkeit, 1903; II. Bd. Erste Abteilung: Notstand und Notwehr, 1905.
Jellinek, Der fehlerhafte Staatsakt und seine Wirkungen. 1908.
— Der Umfang der Verschwiegenheitspflicht des Arztes und Anwalts. In Aschaffenburgs Monatsschrift 3 S. 656 ff.
Jummel, Der § 300 StrGB.
Kahl, Der Arzt im Strafrecht. In Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft Bd. 29 S. 351 ff.
Kelsen, Der soziologische und der juristische Staatsbegriff. 1922.
— Hauptprobleme der Staatsrechtslehre. 2. Aufl. 1924.
— Über Staatsunrecht. In Grünhuts Zeitschrift für das private und öffentliche Recht der Gegenwart Bd. 40 S. 1 ff.
Kitzinger, Die Verhinderung strafbarer Handlungen durch Polizeigewalt. 1913.
— Zur Lehre von der Rechtswidrigkeit im Strafrecht. In Gerichts-Saal Bd. 55 S. 1 ff.
Kleinfeller, Amtsrechte, Amts- und Dienstpflichten. In Vergleichende Darstellung des Deutschen und ausländischen Strafrechts, Allgem. Teil, Bd. 1 S. 269 ff.
Koehler, Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil. 1917.
Kohler, Die Geheimnispflicht des Arztes. In Aschaffenburgs Monatsschrift 6 S. 593 ff.
— Stellung der Rechtsordnung zur Gefahr der Geschlechtskrankheit. In Zeitschrift für Bekämpfung der Geschlechtskrankheit 2 S. 19 ff.
Kohlrausch, Irrtum und Schuldbegriff im Strafrecht. Teil 1. 1903.
— Rechtswidrigkeit. In Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 25 S. 656 ff.
Laband, Staatsrecht des Deutschen Reiches. Bd. 4. 5. Aufl. 1914.
Landsberg, Zur ärztlichen Schweigepflicht. In der Medizinischen Woche 33 S. 148 ff.
Liepmann, Einleitung in das Strafrecht. 1900.
Liszt, Die Verantwortlichkeit des Arztes bei ärztlichen Handlungen. 1904.
Liszt-Schmidt, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts. 25. Aufl. 1927.
Loeffler, Die Körperverletzung. 1905. In Vergleichende Darstellung des Deutschen und ausländischen Strafrechts, Besonderer Teil, Bd. 5 S. 205 ff.
— Unrecht und Notwehr. In Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft Bd. 21 S. 537 ff.
Loening, Über Wurzel und Wesen des Rechts. 1907.
Loewe-Rosenberg, Die Strafprozeßordnung für das Deutsche Reich. 17. Aufl. 1926.
Mayer, Der Allgemeine Teil des Deutschen Strafrechts, Lehrbuch. 2. Aufl. 1923.
— Der rechtswidrige Befehl des Vorgesetzten. In Festschrift für Laband, 1908.
— Die schuldhafte Handlung und ihre Arten im Strafrecht. 1901.

Mayer, Glossen zur Schuldfrage. In Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft Bd. 32 S. 492 ff.
— Rechtsnormen und Kulturnormen. 1903.
— Rechtsphilosophie. 2. Aufl. 1926.
— Verbrechen und Vergehen in Beziehung auf die Ausübung staatsbürgerlicher Rechte. In Vergleichende Darstellung des Deutschen und ausländischen Strafrechts, Besonderer Teil, Bd. 1 S. 257 ff.
Meersmann, Der Begriff der Rechtmäßigkeit der Amtsausübung. (Strafrechtliche Abhandlungen Heft 96.) 1909.
Merkel, Adolf, Kriminalistische Abhandlungen. 1867.
— Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 1889.
Merkel, Rudolf, Die Kollision rechtmäßiger Interessen und die Schadensersatzpflicht bei rechtmäßigen Handlungen. 1895.
Merkl, Adolf, Die Lehre von der Rechtskraft, entwickelt aus dem Rechtsbegriff. 1923.
Mezger, Die subjektiven Unrechtselemente. 1924. In Gerichts-Saal Bd. 89 S. 207 ff.
— Erich Kaufmanns Kritik der neukantischen Rechtsphilosophie. In Gerichts-Saal Bd. 88 S. 402 ff.
Mittermayer, Gutachten über § 300 RStG. In Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft Bd. 21 S. 197 ff.
Nagler, Der heutige Stand der Lehre von der Rechtswidrigkeit. 1911. In Festschrift für Binding Bd. II S. 273 ff.
Oetker, Notwehr und Notstand. 1908. In Vergleichende Darstellung des Deutschen und ausländischen Strafrechts, Allgem. Teil (VDA.) Bd. II S. 255 ff.
— Über Notwehr und Notstand nach den §§ 227, 228, 904 des BGB. 1903.
Olshausen, Kommentar zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. I. u. II. Bd. 11. Aufl. 1927.
Oppenheim, Das ärztliche Recht zu körperlichen Eingriffen. 1892.
Peiper, Der Arzt. 1906.
Peukert, Die Gehorsamspflicht des Staatsbeamten gegen gesetzwidrige Befehle Vorgesetzter und seine aus ihrer Ausführung entstehende Haftung Dritten gegenüber. 1911.
Placzek, Das Berufsgeheimnis des Arztes. 3. Aufl. 1909.
Pütz, Inwieweit bildet für den Staatsbeamten die Gesetzwidrigkeit des Befehls eine Schranke der dienstlichen Gehorsamspflicht? 1912.
Radbruch, Geburtshülfe und Strafrecht. 1907.
— Grundzüge der Rechtsphilosophie. 1914.
Rissom, Der rechtswidrige Befehl. (Militärrechtliche Studien, Festschrift zum 1. Oktober 1910.) 1910 S. 197 ff.
Romen-Rissom, Militärstrafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 2. Aufl. 1916.
Rosenfeld, Schuld und Vorsatz im Lisztschen Lehrbuch. In Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft Bd. 32 S. 466 ff.
Rümelin, Die Billigkeit im Recht. 1921.
Sandheim, Die unbefugte Offenbarung von Privatgeheimnissen nach § 300 StrGB. 1904.
Sauer, Grundlagen des Strafrechts. 1921.
— Grundlagen des Prozeßrechts. 1919.
Sauter, Das Berufsgeheimnis und sein strafrechtlicher Schutz. 1910.

Schmidt, Das ärztliche Berufsgeheimnis. 1907.
— Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Arztes für verletzende Eingriffe. 1900.
— Das Reichsgericht und der übergesetzliche Notstand. In Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft Bd. 49 S. 350 ff., 1929.
Serexhe, Die Verletzung fremder Geheimnisse. 1906.
Simmel, Einleitung in die Moralwissenschaft. I. u. II. Bd. 1904.
Stammler, Darstellung der strafrechtlichen Bedeutung des Notstandes. 1878.
— Die Lehre von dem richtigen Recht. 1902.
— Lehrbuch der Rechtsphilosophie. 3. Aufl. 1928.
— Theorie der Rechtswissenschaft. 1911.
— Wirtschaft und Recht nach der Lehre der materialistischen Geschichtsauffassung. 3. Aufl. 1914.
Sturm, Seelenzustand und Schuld. In Gerichts-Saal Bd. 74 S. 160 ff.
Sülflow, Der Befehl im Strafrecht. 1910.
Thielke, Gehorsam und Schuld des Staatsbeamten und der Soldaten bei gesetzwidrigem Befehl des Vorgesetzten. 1911.
Thiessen, Die strafrechtlichen Wirkungen des rechtswidrigen Befehls im Staats- und Militärdienst. 1911.
Wachenfeld, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 1914.
v. Weber, Das Notstandsproblem und seine Lösung in den deutschen Strafgesetzentwürfen von 1919 und 1925. 1925.
Wegner, Kriminelles Unrecht, Staatsunrecht und Völkerrecht. Hamburger Schriften zur gesamten Strafrechtswissenschaft Heft 7.) 1925.
Wittmaack, Über die Verantwortlichkeit von Angehörigen einer Armee im Feindesland. 1920.
Wolff, Der strafrechtliche Schutz des Berufsgeheimnisses. 1908.
— Verbotenes Verhalten. 1923.
Würzburger, Das Recht des strafrechtlichen Notstandes vor und nach Inkrafttreten des BGB. 1903.
Zimmerl, Zur Lehre vom Tatbestand. (Strafrechtliche Abhandlungen Heft 237.) 1928.
Zitelmann, Ausschluß der Widerrechtlichkeit. 1906.

Keine Berücksichtigung finden konnte das erst nach Fertigstellung der Abhandlung erschienene Werk: Jansen, Max, Pflichtenkollision im Strafrecht. (Strafrechtliche Abhandlungen Heft 269.) 1930.

Abkürzungen.

RGSt. = Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen.
RGZ. = Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.
RMG. = Entscheidungen des Reichsmilitärgerichts.
ZStW. = Zeitschrift für Strafrechtswissenschaft.
GS. = Der Gerichts-Saal.
GA. = Archiv für Strafrecht, begründet von Goltdammer.
VD. = Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts (A = Allgemeiner Teil, B = Besonderer Teil).
JW. = Juristische Wochenschrift.
DJZ. = Deutsche Juristen-Zeitung.

Verfassernamen als Abkürzungen finden ihre Erklärung im Literaturverzeichnis. Sind mehrere Schriften desselben Verfassers zu erwähnen, wird unter Namen und dem im Literaturverzeichnis gesperrt gedruckten Teil des Titels zitiert.

Nicht besonders im Literaturverzeichnis aufgeführt sind Abhandlungen aus der Juristischen Wochenschrift und der Deutschen Juristen-Zeitung. Diese sind nur als Fußnote unter Angabe des Verfassers mit Jahrgang und Seite der Zeitschrift zitiert.

Kapitel I.

Einleitung.

§ 1.

Die Möglichkeiten von Pflichtenkollisionen.

Nach Georg Simmel[1]) kann ein Widerstreit von Pflichten in zwei verschiedenen Formen auftreten. Und zwar unterscheidet er eine logische und eine materielle Pflichtenkollision. Unter der ersteren versteht er den Fall, daß eine Handlung durch eine Pflicht geboten, durch eine andere aber verboten wird. Ein materieller Konflikt aber liegt dann vor, wenn zwei Pflichten sich zwar in ihrem Endzweck und ideellen Inhalt gar nicht widersprechen, jede von ihnen aber zu ihrer Durchführung Zeit, Kräfte und Mittel des Handelnsollenden beanspruchte, die nur für eine hinreichend vorhanden sind. Beim materiellen Konflikt würde also die eine Pflicht an und für sich gegen die Realisierung der anderen nichts einzuwenden haben, sondern macht ihr nur auf Grund der tatsächlichen Beschaffenheit des handelnden Subjekts sozusagen „technische Konkurrenz".

Setzt man voraus, daß in dem letzteren Falle, dem des materiellen Konflikts, die Erfüllung beider Pflichten gleich aktuell ist, so bleibt es gleichgültig, ob die Kollision eine „logische" oder eine „materielle" ist[2]).

Eine Pflicht entsteht dadurch, daß der einzelne Mensch in Beziehungen zu anderen Menschen bzw. zu Kreisen tritt; eine Pflichtenkollision entsteht dadurch, daß es für den Menschen eine Mehrheit von derartigen Beziehungen gibt und daß die Interessen der Individual- und Kollektivwesen, zu denen das einzelne Individuum Beziehungen hat, irgendwie von einander unabhängig sind[3]).

Wenn der Mensch zu verschiedenen Gesellschaftsgruppen, die sich teilweise in entgegengesetzter Tätigkeit bewegen, gehört, läßt sich ein

---

[1]) Siehe Simmel Bd. II S. 384/85.
[2]) Vgl. Frank, Strafgesetzbuch S. 139.
[3]) u. [4]) Vgl. Simmel Bd. II S. 384/85.

Konflikt, der eine Entscheidung verlangt, nicht vermeiden. Wenn auf der einen Seite die Kirche dieses und auf der anderen Seite der Staat das Entgegengesetzte befiehlt, wenn ein Mensch die Staatsangehörigkeit zweier, vielleicht noch miteinander im Streit liegender, Staaten besitzt, dann wird häufig ein Widerstreit der bestehenden Pflichten eintreten, dessen Entscheidung schwer fällt. Regelmäßig wird hier eine Entscheidung zugunsten des stärkeren Gemeinwesens eintreten; ein Verstoß gegen den anderen Gesellschaftskreis aber bleibt bestehen[4]).

Die Tragik dieses Problems ist des öfteren Gegenstand dichterischer Bearbeitung geworden. Man denke z. B. an „Antigone", in der Familienpietät gegen den staatlichen Befehl anzukämpfen versucht! Man denke auch an ein häufig verwandtes literarisches Motiv, an den Fall der Nichtachtung der Heiligkeit des Eides und der Wahrheit aus rein sittlichen Erwägungen[5]). — Die Zugehörigkeit zu einer engeren Gemeinschaft wird einen hier häufig verleiten, die Eidespflicht hintanzusetzen, um seinen Mitmenschen einer Bestrafung zu entziehen. Der Gesetzgeber hat diese Gefahr selbst gesehen und die Familienpietät dadurch anerkannt, daß er nahe Verwandte von der Eides- und Aussagepflicht entbunden hat (StrPO. §§ 52, 58). Aber dies genügt nur in den wenigsten Fällen. Oft werden hier trotzdem Verwandte, die entfernter verwandt sind, einen Meineid schwören. Und vor allen Dingen wird in Kreisen treuer Freunde häufig eher ein Meineid geschworen, als ein Kamerad verraten werden[6])!

Nur diese Fälle, wo zwei Subjekte, zwei Gemeinschaften Befehle erteilen, will Jellinek[7]) als Pflichtenkonkurrenz gelten lassen. „Aber ausgeschlossen ist, daß der Staat sich in seiner Gesetzgebung in mehrere Subjekte spaltet und in der ZPO. Dinge befiehlt, die er im StGB. verbietet. Das Wesen des modernen Staates ist einheitlich."[8])

Hierin ist Jellinek unbedingt recht zu geben[9]). Ein echter Pflichtenkonflikt liegt nur dann vor, wenn zwei Befehle verschiedener, unabhängiger Körperschaften nebeneinander bestehen und entweder entgegengesetzt oder gleichzeitig unerfüllbar sind. Wenn aber im gesetzten Recht der Gesetzgeber an verschiedenen Stellen entgegengesetzte Normen aufgestellt hat, wenn er gleichzeitig zwei Befehle erteilt, von denen nur einer ausgeführt werden kann, dann handelt es sich nicht um eine echte Pflichtenkollision. Denn der Staat will und kann

---

[5]) Vgl. auch Dohna, Rechtswidrigkeit S. 60.
[6]) Man denke hier auch an den sogenannten „Kaviereid".
[7]) Siehe Jellinek, Verschwiegenheitspflicht S. 674.
[8]) Vgl. Jellinek, Verschwiegenheitspflicht S. 674 a. E.
[9]) Siehe hierüber die Ausführungen weiter unten in den folgenden Kapiteln.

nichts Unmögliches verlangen. Der Widerstreit besteht hier nur äußerlich. Aber trotzdem ist nicht zu verkennen, daß auch in diesen Fällen die Not desjenigen, der handeln soll, dieselbe ist: jedenfalls muß er abwägen, welche von den konstituierten Pflichten er befolgen muß. Und insofern besteht doch jedenfalls im Inneren des Menschen eine Kollision zwischen verschiedenen Pflichten[10]).

Diese Pflichten sind regelmäßig, aber nicht notwendig Pflichten ad faciendum; es steht dann der in Not geratene scheinbar vor der Wahl zwischen zwei Unterlassungsdelikten. Sehr gut kann aber auch eine durch Gebot begründete Pflicht, z. B. die Verbrechensanzeige, kollidieren mit einer durch Verbot begründeten, z. B. der Schweigepflicht. Ja, denkbar ist auch ein Zusammentreffen zweier Pflichten ad omittendum[11]).

Und nicht nur innerhalb eines Staatsbürgers können vom Staat normierte Pflichten in Konflikt geraten; häufig verlangt auch der Staat von verschiedenen Verschiedenes, wovon nur eines ausgeführt werden kann[12]). Man denke z. B. an den Fall, daß auf der einen Seite das Gericht beschlagnahmt, auf der anderen Seite ein Gerichtsvollzieher pfänden soll.

§ 2.

Welchen Pflichten kommt Bedeutung im Strafrecht zu?

Nicht allen diesen eben aufgezählten Pflichten kommt innerhalb des Strafrechts eine Bedeutung zu.

Solange es sich um rein sittliche Pflichten handelt, die den Menschen in seinen Erwägungen beeinflussen, solange kümmert sich der Gesetzgeber nicht um die Erfüllung der einen oder anderen. Wenn ein Begüterter moralisch verpflichtet ist, weiter als das Gesetz es vorschreibt, seinen Verwandten zu helfen, wenn er jedoch nur dem einen oder dem anderen Hilfe leisten kann, so mag es unmoralisch sein, wenn er dem weniger in Not befindlichen hilft. Aber der Staat, das Gesetz, das Gericht kümmert sich nicht darum. — Wenn auf der einen Seite die Kirche bestimmt, einen Exkommunizierten zu meiden und ein guter Freund sich moralisch verpflichtet fühlt, diese Pflicht zu mißachten und zu übertreten, dann ist dies ebenfalls dem Staat gleichgültig und

---

[10]) Dieser Fall der Pflichtenkollision wird uns vor allen Dingen im Verlauf der Arbeit beschäftigen.

[11]) Vgl. Binding, Handbuch S. 759.

[12]) und wie wir bereits eben betonten, und wie weiter unten noch ausgeführt wird, auch werden soll.

keineswegs fühlt er sich verpflichtet einzugreifen. — Handlungen, die sich vollkommen außerhalb des Rechts bewegen, interessieren ihn nicht.

Wenn aber der Gesetzgeber bei Strafe im § 300 StGB. verbietet, anvertraute Privatgeheimnisse an die Öffentlichkeit zu bringen und andererseits im § 139 StGB. die Anzeige bestimmter Verbrechen bei Strafe befiehlt, oder wenn ein Weg polizeilich gesperrt ist und andererseits das Betreten zur Verbrechensverfolgung erforderlich ist, dann muß dieser Tatsache innerhalb des Strafrechts gewiß Bedeutung zukommen. Kann hier der Gesetzgeber die Erfüllung beider Pflichten verlangen? Kann er hier den Übertreter des einen Straftatbestandes schlechthin bestrafen, obwohl dieser nicht anders handeln konnte? Oder hält er ihm zugute, daß ihm in diesem Falle, wenn er auch seinen Befehl übertreten habe, dies nicht anzurechnen, er entschuldigt sei? Oder verlangt der Staat, daß in diesen Fällen nur eine Pflicht zu erfüllen sei und die Unterlassung oder Übertretung der anderen Pflicht sei? — Und wenn der Gesetzgeber hier sagen muß, daß die Verletzung einer der Pflichten nicht rechtswidrig ist, sondern geradezu mit seinem Willen übereinstimme und rechtmäßig sei, welche Pflicht muß dann erfüllt werden und wer entscheidet darüber, welche zu erfüllen ist?

Wenn jemand sich in seinen Handlungen durch sittliche Erwägungen verleiten läßt, etwas vom Staate Verbotenes zu tun: soll dem keine Bedeutung zukommen? Soll der, der aus purer Bosheit eine Straftat begeht, nicht höher bestraft werden, als derjenige, der aus Not oder anderen sittlich hochstehenden Erwägungen heraus dasselbe tut? Muß nicht der Richter die Beweggründe, die zu einer Straftat führen und geführt haben, prüfen und bei seiner Beurteilung würdigen?

Unterscheiden möchten wir hier von den „rein sittlichen" Pflichten solche „Sittenpflichten, die mit Exzeptionskraft gegenüber dem Recht ausgestattet sind". Im letzteren Falle handelt es sich um Pflichten, die zwar noch nicht in der geschriebenen Rechtsordnung enthalten sind, denen aber die gleiche Bedeutung zukommt, wie den besonders in der Rechtsordnung erwähnten. Es handelt sich um ungeschriebenes Recht, das zwar noch der juristischen Präzisierung ermangelt, aber gleichwohl an der rechtlichen Geltung partizipiert. Es ist jener Teil sozialer Sollvorschriften, deren anderen Teil der Gesetzgeber bereits zu eindeutigen Rechtssätzen umgeformt hat[1]). In diesem Fall handelt es sich um Sittenpflichten, denen die gleiche Bedeutung — wenigstens innerhalb der Lösung der Pflichtenkollisionen — zukommt wie den vom Staate präzisierten und in Worte gekleideten Normen.

[1]) Vgl. Dohna, Recht und Irrtum S. 5/6.

§ 3.

Abgrenzung des Thema. — Problemstellung.

Allgemein ist man sich in Theorie und Praxis darüber einig, daß in dem Fall der Pflichtenkollision, wenn es jemandem unmöglich ist, beide Pflichten zu erfüllen, der in Kollision befindliche immer der größeren, wichtigeren Pflicht allein folgen soll. Ich nehme das Resultat vorweg und sage bereits jetzt, daß es sich um einen sogenannten Unrechtsausschließungsgrund (im technischen Sinne) handelt.

Auch dem Fall, daß jemand der geringeren Pflicht auf Grund seiner falschen irrtümlichen Erwägungen den Vorzug gibt, kommt im Strafrecht Bedeutung zu. Er soll uns jedoch nicht weiter beschäftigen; er würde uns auf die Irrtums- und Schuldlehre bringen.

Ebensowenig gehen wir näher auf den Fall ein, daß jemand aus rein sittlichen Erwägungen heraus eine Gesetzesnorm verletzt. Hier handelt es sich regelmäßig um für die Strafzumessung bedeutungsvolle Motive[1]).

Wir werden uns vielmehr nur damit befassen, zu beweisen, daß der Gesetzgeber für den Fall, daß rein äußerlich zwei Pflichten miteinander in Widerstreit geraten, nicht beide Pflichten gewollt haben kann. Wir werden prüfen, welcher Pflicht der Vorzug zu geben ist und wer darüber zu entscheiden hat. Die Feststellung der Bedeutung der Pflichtenkollision wird uns deshalb über die Frage nach der Entstehung und der Aufgabe der geschriebenen Rechtsordnung vor allem auf das Problem der Rechtswidrigkeit bringen. Denn wie ich auch bereits oben vorwegnahm, handelt es sich auch im Falle der Pflichtkollision um einen Grund, der die Rechtswidrigkeit ausschließt. Es sind deshalb auch vor allen Dingen die Werke über die „Rechtswidrigkeit“[2]), die innerhalb der letzten 25 Jahre geschrieben wurden, die auf die Bedeutung und Regelung der Pflichtenkollisionen bereits aufmerksam gemacht und das bisher vernachlässigte Problem gefördert haben. Daneben befaßten sich auch bereits mit der Pflichtenkollision oder dem „Pflichtennotstand“ die Werke über den Notstand als Rechtfertigungsgrund[3]). — Hervorzuheben ist auch noch das geistvolle Werk Rudolf

---

[1]) Wie bereits im § 2 erwähnt, sind rein sittliche Erwägungen hier in Gegensatz gesetzt zu den sittlichen Erwägungen mit Exzeptionskraft.

[2]) z. B. die Werke von Hold von Fernek, Graf zu Dohna, Nagler, Fischer, Wegner; aber auch Max Ernst Mayer, Rechtsnormen und Kulturnormen; Karl Wolff, Verbotenes Verhalten u. a. m.

[3]) z. B Baumgarten, Oetker, Goldschmidt, v. Weber, Würzburger u. a. m.

Merkels über „die Kollision rechtmäßiger Interessen". Wenn auch in letzterem Werk vorwiegend nur von „Rechten" die Rede ist und es einen wesentlichen Unterschied macht, ob ich etwas tun darf oder tun muß, so werden wir doch im Verlaufe der Arbeit manche Berührungspunkte mit Merkel feststellen können. — Nicht an letzter Stelle sind noch die Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen im 61. und 62. Bande und das in neuerer Zeit erschienene Werk Eberhard Schmidts „Das Reichsgericht und der übergesetzliche Notstand"[4]) zu erwähnen, in denen in überzeugender Weise nachgewiesen ist, daß es auch außerhalb des Rechts Pflichten geben kann, denen im Falle einer Kollision mit normierten Pflichten der Vorzug zu geben ist.

Kapitel II.

Der Zweck der Rechtsordnung.

§ 4.

Entstehung und Aufgabe der Rechtsordnung.

In jedem Menschen schlummern individuelle und soziale Triebe nebeneinander. Da der Mensch, und soweit er auf ein Zusammenleben mit anderen Menschen angewiesen ist, ergeben sich allmählich Sitten und Gebräuche. Es entwickeln sich Zweck- oder Interessengemeinschaften, wobei der soziale Trieb, das vielen gemeinsame Interesse der gesellschaftsbildende Faktor ist[1]). Hat die Gesellschaft einen relativ hohen Grad erreicht, dann schafft sie sich Organe und wird hierdurch zur organisierten Gesellschaft. Eine derartige organisierte Gesellschaft setzt das Recht voraus. Der Staat als Rechtssetzer wird nun definiert als „organisierte Gesellschaft, die aus Land und Leuten besteht und über Herrschermacht verfügt"[2]). Dieses letztere, die Herrschermacht des Staates, ist der wesentlichste Unterschied von den anderen Gesellschaften.

Die Gesellschaft beginnt dadurch ihr Leben, daß an die Stelle des sozialen Instinkts der soziale Wille tritt. „Es beginnt die bewußte Regulierung des Gemeinschaftslebens, und hiermit ist der entscheidende Schritt für die Verselbständigung des Rechts

---

[4]) ZStW. Bd. 49 S. 350 ff.
[1]) Vgl. a. E. Mayer, Rechtsphilosophie S. 25/26.
[2]) Vgl. Mayer, Rechtsphilosophie S. 26/29.

getan. Bewußte Regulierung erfordert Organe, nur in einer organisierten Gesellschaft ist Recht denkbar." „Bewußte Regulierung drängt zur Normierung. Nicht nur von Fall zu Fall, sondern ein für allemal wird festgestellt, welches Verhalten die Gesellschaft von ihren Mitgliedern fordert."[3])

Und noch mehr bedeutet es, daß eine organisierte Gesellschaft der Aufgabe nicht ausweichen kann, auch die Befugnisse ihrer Organe zu ordnen." „In den Stichworten Organisierung, Normierung, Systematisierung halten wir die mit der bewußten Regulierung des Gemeinschaftslebens gegebenen oder aus ihr sich ergebenden Merkmale fest. Wo sie zutreffen, ist Recht geworden; denn keine andere soziale Ordnung zeigt die gleichen Merkmale; wir sagen aber lieber, Recht im weiteren Sinn, weil es noch nicht das hochentwickelte Recht, noch nicht das Recht ist, das vom Staate geschaffen und gepflegt wird."[4]) Letzteres, das Recht des Staates, nennen wir Recht im engeren Sinn. Seine Entwicklung beherrschen drei Tendenzen. „Die erste ist die Monopolisierung der Zwangsgewalt durch den Staat."[5]). Alle Konkurrenten, Kirche, Gemeinden, Gutsherren usw. hat er hierin aus dem Felde geschlagen. Deswegen ist Herrschermacht das spezifische Merkmal der staatlichen Gesellschaft[6]). „Die Normierung der Zwangsgewalt ist die zweite Tendenz." Erst durch diese Normierung wird aus der Gewalt eines Staates „Staatsgewalt". Denn hierdurch werden die Untertanen vor Übergriffen des Staates beschützt; sie dürfen nur so behandelt werden, wie es im Gesetz vorgesehen ist. Und hiermit wird aus dem Untertan ein „Bürger". — „Mit der dritten Tendenz, der Garantierung der Rechtsnormen durch Zwang, erreicht die Entwicklung ihre Vollendung."[5])

Es ist nun zweifellos Aufgabe des staatlichen Rechts, in dem Kampf widerstreitender Interessen eine Entscheidung zu geben, zu bestimmen, welche Interessen berechtigt und welche nicht berechtigt sind, und soweit es sich um seinen Schutz handelt, diesen nur den ersteren zu gewähren[7]). Der Staat gibt Gesetze, um das Zusammenleben seiner Untertanen zu regeln und eine objektive Lebensordnung zu schaffen. Er nimmt in seiner Rechtsordnung einerseits zu den Wünschen und Forderungen des einzelnen seiner Untertanen Stellung, die er andererseits mit den Wünschen und Erfordernissen der Allgemeinheit ver-

---

[3]) u. [4]) Vgl. Mayer, Rechtsphilosophie S. 51/52.
[5]) Vgl. Mayer, Rechtsphilosophie S. 52.
[6]) Siehe oben Anm. 2.
[7]) Vgl. Loening S. 12.

gleicht. Diese Interessenkollisionen zu lösen ist Aufgabe und Zweck aller Rechtssätze [8]).

Es wäre nun falsch anzunehmen, daß alle Sitten und Gebräuche, alle Kulturnormen vom Staate mit Rechtscharakter ausgestattet würden. Vielmehr nimmt der Staat hiervon regelmäßig nur einen Teil, und es ist wohl richtig, was M. E. Mayer in seiner Rechtsphilosophie hierzu sagt. Er nennt die Rechtssätze eine Form der Kulturkritik. Diese Kritik komme dadurch zustande, daß der Staat in seinen Gesetzen zur Kultur Stellung nehme, in dem er gewisse Kulturnormen anerkenne und andere verwerfe, wodurch das rechtmäßige vom rechtswidrigen Verhalten geschieden, auch die Kultur auf weiten Gebieten sich selbst überlassen werde. Es trete also zum Kulturprozeß und zur Kulturnorm als drittes kritisches Prinzip die staatliche Rechtsnorm [9]).

Nur die wichtigsten Kulturnormen stattet der Staat mit Rechtskraft aus. Man könnte sie ethische Mindesterfordernisse nennen. Die anderen interessieren den Staat als Gesetzgeber nicht und bleiben von ihm aus jedem einzelnen überlassen. Wenn z. B. der Staat verlangt, daß man für den Unterhalt seiner Eltern und aller Verwandten in gerader Linie sorgt, BGB. § 1601, so verlangt die Ethik weit mehr. Nur hielt es der Staat nicht für erforderlich und hat deshalb auch davon abgesehen, von sich aus mehr zu erzwingen.

Häufig wird das Recht auch die Aufgabe haben, den Kampf mit der Sitte aufzunehmen und mit ihr die Klingen zu kreuzen. Man denke hier z. B. an die heutigen Reformversuche in China und die allerdings bisher gescheiterten in Afghanistan, man denke an das beste Beispiel, an die Blutrache [10]).

Nicht oft genug kann es betont werden, daß Recht Recht bleibt, auch dann, wenn es schlechtes Recht ist, auch dann, wenn es mit der herrschenden Kulturauffassung nicht mehr übereinstimmt. Wohl mag hier der Staat die Pflicht haben, seine Gesetze zu ändern; aber solange dies nicht geschehen ist, bleibt der Rechtssatz voll und ganz bestehen. — Sonst würde das Recht zur Willkür! Und jedem Richter wäre es möglich, das Gesetz zugunsten seiner Ansicht, zugunsten seines Rechtsgefühls abzuändern. Hiermit dürften auch die krassesten Vertreter der „Rechtsidee" als obersten Leitgedankens der Rechtsordnung nicht einverstanden sein.

---

[8]) z. B. Weber S. 107.
[9]) Vgl. Mayer, Rechtsphilosophie S. 39.
[10]) Vgl. hierzu Mayer, Rechtsphilosophie S. 51: „Das Recht bekämpft die Sitte, degradiert sie zum Unrecht, oft genug zum strafbaren Unrecht. Ein großes Beispiel aus der Vergangenheit ist die Blutrache."

Zwar werden regelmäßig die Artikel und Paragraphen des gesetzten Rechts mit dem Rechtsgefühl des Durchschnittsmenschen übereinstimmen und schon aus dem einen Grunde übereinstimmen müssen, weil es unmöglich ist, alle Gesetzesparagraphen zu kennen. Aber ich betone es nochmals, nötig ist das nicht! Und es läßt sich dies bei den wechselnden Anschauungen im Laufe der Jahre auch nicht erreichen[11]). — Aber trotzdem bleibt der, um mit den Worten Wegners zu sprechen, „gerechtigkeitswidrige" Rechtssatz voll und ganz bestehen und muß auch befolgt werden[12]). — Anders wäre es, wenn man zur Grundbedingung allen Rechts, auch des „geschriebenen" Rechts, die Übereinstimmung mit dem „richtigen Recht" verlangen würde, was häufig geschieht.

Wenn unter anderen Jhering behauptet, „Macht ist Recht", die Verbindlichkeit beruht auf dem übergeordneten Willen des Staates, so stimmt das nur zum Teil[13]). Dann würde, hiermit hat Loening Recht, nur dem Staat bzw. dem Inhaber der Staatsgewalt alles Recht zustehen, und alle anderen würden nach seinem Ermessen und Belieben zum Gehorsam verpflichtet, nicht freie Bürger, sondern in Wahrheit Unfreie und Knechte des omnipotenten Staates sein[14]).

Es stimmt vielmehr, was Loening in die Worte kleidet: „So ergibt sich als Grundbegriff des Rechts die Vorstellung eines Zusammenstimmens und Zusammenpassens des Verhaltens der Menschen zueinander, einer Harmonie des sozialen Lebens."[15]) — Falsch ist die oft erwähnte Ansicht namhafter Juristen, die aus der engen Beziehung des Staates zum Recht folgern, daß er über seinem Recht stehe und nicht an es gebunden sein könne. „Wir schließen aus derselben Beziehung, daß der Staat an seine Rechtsordnung gebunden ist, aus seinem eigenen Wesen heraus."[16]) Und Recht hat u. E. Binder, wenn er sagt: „Diese Bindung kann gar nicht bezweifelt werden: Da es der ganze Sinn des Staates ist, der seine Rechtsordnung bedingt, ist diese Bindung für ihn eine Naturnotwendigkeit; freilich nicht eine solche der theoretischen, wohl aber der praktischen Vernunft; sie ist für ihn die eigene Daseinsbedingung, für seine Organe aber eine sittliche und politische Notwendigkeit."[17]) „Der Staat und die Rechtsordnung finden also ihre Sanktion in dem Eigenwesen der Volksgemeinschaft

---

[11]) Nagler (S. 371) warnt hier vor einem übertriebenen Scholastizismus. Vgl. auch Kapitel III.
[12]) Vgl. die Ausführungen bei Wegner S. 51.
[13]) Vgl. Mayer, Rechtsphilosophie S. 53.
[14]) Vgl. Loening S. 16.
[15]) Vgl. Loening S. 21.
[16]) bis [18]) Vgl. Binder S. 508/09.

als Person und hieraus folgt dann eigentümlicherweise sowohl, daß der Staat selbstverständlich an sein Recht gebunden ist, wie daß diese Rechtsordnung für den Staat nicht unabänderlich ist, wie endlich, daß der Staat auch Unrecht tun kann.“ [18]).

Für den Untertanen aber gewinnt die Gewalt, die Macht des Staates im Jheringschen Sinne, Bedeutung. Was der Staat befiehlt, muß er befolgen, selbst wenn der Staat etwas Unrechtes verlangen würde. Selbstverständlich muß eine Rechtsnorm immer vernünftig ausgelegt werden, und es ist regelmäßig anzunehmen, daß der Staat nichts Sinnwidriges befehlen will. Aber wenn ein nichtmißzuverstehendes Gesetz des Staates das tun würde, wäre dieser Rechtssatz Recht und zu befolgen [19]).

Der Staat will in seinen Rechtssätzen die Interessen und Pflichten seiner Bürger authentisch regeln. Hieran ist zunächst festzuhalten. — Das Recht ist nicht Mittel und Dienerin menschlicher Interessen, sondern das Recht ist Selbstzweck [20])!

§ 5.

Die Unvermeidbarkeit von Pflichtenkollisionen innerhalb der Rechtsordnung.

Im voraufgegangenen Paragraphen bekannten wir uns zu der Ansicht, daß das Recht, das der Staat gesetzt hat, eine objektive Lebensordnung für seine Bürger sein soll, nach der sie sich zur Vermeidung von Rechts- und manchmal sogar Straffolgen zu richten hätten. Häufig aber müssen wir feststellen, daß Paragraphen vom Gesetzgeber formuliert sind, die miteinander nicht vereinbar sind, und häufig stellen wir fest, daß einer rein äußerlich einen Paragraphen des Strafgesetzbuches verletzt hat und trotzdem, trotz seines bewußten Handelns, nicht bestraft wird, daß man sogar sagt, er habe rechtmäßig gehandelt [1]). — Wie ist dieses mit unserem Prinzip, daß das Recht eine objektive Lebensordnung sei, zu vereinbaren, wie erklärt sich dieser Widerspruch?

Wir stellten fest, daß alle Gesetzesparagraphen dazu da sind, Interessenkollisionen vom Gesetzgeber aus zu lösen. Es ist nun eine not-

[19]) Vgl. Binder S. 233. Vgl. hierzu auch die Ausführungen Dohnas, Rechtswidrigkeit S. 13 ff.; ferner weiter unten Kapitel III.

[20]) Vgl. hierzu die Abhandlung von Dr. Erdsiek (Berlin) in DJZ. 1929 S. 678 ff.: „Hier kann nur die Besinnung auf die einfache Wahrheit helfen, daß das Recht Selbstzweck ist und nicht Mittel“ (a. a. O. S. 681).

[1]) Man denke z. B. für den ersteren Fall an die §§ 139 und 300 StGB. und für den zweiten an den ärztlichen Eingriff oder die Vollstreckung des Todesurteils durch den Scharfrichter.

wendige Eigenschaft des Rechts, „zu generalisieren und zu objektivieren, kurz alles zu ignorieren, was das Leben an Mannigfaltigkeit und Originalität hinzubringt.“ [2]) Man könnte sagen, daß der Gesetzgeber nur für den Durchschnitt der Fälle eine Regelung treffen wollte. Und doch! Auch dies stimmt nicht einmal. Dies wird einem ohne weiteres verständlich und es erübrigt sich eine weitere Begründung, wenn man den Hinweis Dohnas beachtet [3]), daß während des Krieges mehr Menschen rechtmäßig getötet worden seien, als in Jahrzehnten und Jahrhunderten rechtswidrig getötet, gemordet wurden.

Bei der Lösung dieses scheinbaren Widerspruches haben wir auszugehen von der Einheit der gesamten Rechtsordnung. Darüber sollte Einigkeit herrschen! Und wenn wir die Rechtsordnung nicht für geradezu sinnwidrig halten wollen, ist keine andere Entscheidung möglich, als daß der Gesetzgeber nicht an einer Stelle erlauben, was er an der anderen verbieten will. Ausgeschlossen ist, daß der Gesetzgeber z. B. im BGB. erlaubt, was er im Strafgesetzbuch verbietet [4]).

Vereinzelt hat der Gesetzgeber besonders hervorgehoben, daß in diesem Spezialfall die allgemeine Norm keine Gültigkeit habe. — Aber wie ist in den anderen Fällen eine Unvereinbarkeit zu lösen!

Wir müssen uns klar darüber sein, daß es für den Gesetzgeber ausgeschlossen ist, eine allgemeingültige Norm, abstrakte Regeln aufzustellen, die für alle eintretenden Fälle passen und eine klare, unmißverständliche Entscheidung geben. Eine derartige allgemeingültige Norm scheitert eben daran, daß die menschlichen Beziehungen zu mannigfaltig sind, um für alle auftretenden Möglichkeiten in toten Paragraphen geregelt werden zu können [5]). Der Gesetzgeber kann eben nichts anderes, als, wie wir bereits oben sagten, eine bloße Durchschnittsregelung bringen, lediglich eine Situation entscheiden, die im Einzelfalle der Ablösung durch einen anderen Gedankengang harrt. Die Relationsnatur allen Rechts, deren Übersehen zu manchen Mißverständnissen und Fehlgriffen geführt hat, darf nicht außer acht gelassen werden [6]).

---

[2]) Vgl. Dohna, Rechtswidrigkeit S. 14; Hold von Fernek Bd. I §§ 18 u. 22.

[3]) Vgl. Dohna, Recht und Irrtum S. 2.

[4]) Vgl. z. B. Jellinek, Verschwiegenheitspflicht S. 674; vgl. auch Kleinfeller S. 277/78: „Es ist logisch und politisch betrachtet unmöglich, daß die nämliche Rechtsordnung eine Handlung, welche sie zur Pflicht macht, zugleich für rechtswidrig erklärt.“ — Vgl. auch v. Ammon S. 26.

[5]) Vgl. hierzu Mezger, Rechtsphilosophie S. 402.

[6]) Siehe Nagler S. 282.

Es wäre nun vollkommen verfehlt und man müßte, um mit Oetker zu sprechen [7]), an der Vernunft im Rechte irre werden, wollte man annehmen, das Gesetz habe all diese unzähligen Kollisionen, die eintreten können und tatsächlich auch alle Augenblicke eintreten, ignorieren wollen [8]). Vielmehr ist in allen Fällen, wo mehrere Pflichten „äußerlich" in Widerstreit geraten, darauf zurückzugehen und festzustellen, weshalb der Gesetzgeber diese Pflichten aufgestellt hat. Und dann ist zu entscheiden, welcher Pflicht der Gesetzgeber in diesem Falle den Vorzug gibt [9]).

Es wäre nun ein schwerwiegender Irrtum, annehmen zu wollen, „daß das kritische Material zur rechtlichen Wertung menschlicher Handlungen in vollem Umfange und ohne Rest von der Rechtsordnung — im Sinne technisch geformter Rechtssatzung — dargeboten werde" [10]).

Dieser Gedanke wird uns des näheren noch in den folgenden Ausführungen über die Rechtswidrigkeit [11]) beschäftigen. Hier sei folgendes zusammenfassend festgehalten: Daß es immer darauf ankommt, den Rechtsgedanken, das soll heißen, den Sinn und Zweck der Rechtsordnung zu erkennen. — Und nicht kann es der Wille des Staates sein, von seinen Bürgern etwas Unmögliches zu verlangen. „impossibilium nulla obligatio"; wenn er zwei Pflichten aufgestellt hat, dann fordert er für den Fall, daß nicht beide erfüllt werden können, nur eine und ist mit ihrer Erfüllung zufrieden. Die Erfüllung der anderen ist in diesem Falle überhaupt nicht vom Gesetz gefordert.

Kapitel III.

§ 6.

Von der Rechtswidrigkeit: Formelle und materielle Rechtswidrigkeit.

Oben stellten wir fest, daß es die Aufgabe des Rechts ist, Rechte und Pflichten der Staatsbürger voneinander abzugrenzen. Wir sagten auch bereits, daß eine absolute Regelung unmöglich ist, daß vielmehr der Gesetzgeber darauf angewiesen sei, bloße „Durchschnittsfälle" zu

---

[7]) Vgl. Oetker, VDA. S. 356.
[8]) Vgl. Dohna, Rechtswidrigkeit S. 112.
[9]) Vgl. hierzu die Ausführungen Dohnas, Rechtswidrigkeit S. 127/28.
[10]) Vgl. Dohna, Rechtswidrigkeit S. 13.
[11]) Kapitel III.

regeln. In jedem Fall ist also festzustellen, wie der Gesetzgeber nach dem Sinn und Zweck der ganzen Rechtsordnung entscheiden will.

Wenn auch nicht in allen Paragraphen des Strafgesetzbuches das Wort „rechtswidrig" vorkommt, so darf uns dies nicht verleiten, diese Tatbestände zu unterscheiden von denen, in denen es besonders erwähnt ist. Es genügt hier ein Hinweis auf das, was Graf zu Dohna und Kohlrausch über eine derartige Auffassung geschrieben haben[1]). Immer ist festzustellen, ob in dem zu entscheidenden Falle ein Verstoß gegen die Rechtsordnung, als Ganzes betrachtet vorliegt.

Was aber bedeutet diese Rechtswidrigkeit?

„Rechtswidrig ist ein menschliches Verhalten, das mit einer Rechtsnorm, d. i. einem Gebot oder Verbot des Rechts nicht im Einklang steht."[2]) Diese Definition, die nach M. E. Mayer auch heute noch als Ausdruck dessen angesehen werden kann, was Gemeingut der deutschen Jurisprudenz ist, enthält nichts Falsches![3]) Und doch ist sie so verschieden ausgelegt worden.

Es sind vor allem M. E. Mayer, Graf zu Dohna und im Anschluß an diese auch v. Liszt, die bei der Definition der Rechtswidrigkeit eine Deutung gefunden haben, die teils zu manchen Mißverständnissen geführt hat, teils auch mit unserer Auffassung von der Rechtsordnung nicht übeereinstimmt. — Sehen wir uns ihre Lehre etwas näher an.

Graf Dohna lehnt es ab, den Begriff der Rechtswidrigkeit allein aus genetischer und exegetischer Betrachtung der Rechtsquellen zu erschließen. „An die Theoretiker der Jurisprudenz erging die Parole, durch Exegese der Quellen und Nachprüfung der historischen Schicksale der darin begründeten Rechtsinstitute festzustellen, was als Recht heutigen Tages gültig sei und welcher Weise es sich zu einem in sich geschlossenen Systeme zusammenfüge; nach Zweck und Wert aber zu fragen, ging nach dieser Meinung über die Grenzen wahrer Wissenschaftlichkeit hinaus und durfte billig der Pseudowissenschaft der Philosophie überlassen bleiben. Solche Beschränkung auf die rein genetische Betrachtung des überkommenden Stoffes konnte eine Zeitlang ernsthaft gerade von derjenigen Disziplin gefordert werden, welche es vor allem, wenn nicht ausschließlich, mit Normen zu tun hat ... und es bedurfte einer neuen Besinnung auf die Grundgesetze menschlichen

---

[1]) Vgl. hierzu Dohna, Rechtswidrigkeit; auch Dohna, Recht und Irrtum S. 2/3; Kohlrausch, Irrtum und Schuldbegriff S. 73/74; siehe auch Wegner S. 54; and. A. RGSt. 55 S. 266.

[2]) Vgl. Mayer, Allgem. Teil S. 173; Fischer S. 110 ff.; Kitzinger, Rechtswidrigkeit S. 11 ff. u. a. m.

[3]) Vgl. Mayer, Allgem. Teil S. 173.

Wollens und Handelns, um der Gleichberechtigung der teleologischen Fragestellung neben der kausalen, die solange versagte Anerkennung zurückzuerobern. Wir sind uns nunmehr bewußt unserer Berechtigung und damit unserer Verpflichtung, die Gebote und Verbote der Rechtsordnung nicht nur nach ihren Ursachen, sondern auch nach ihren Zwecken einer kritischen Würdigung zu unterziehen. Und wir dürfen und sollen das rechte Verständnis der geltenden rechtlichen Vorschriften und eine gesicherte Grundlage zu richtiger Auslegung und Anwendung derselben gewinnen, nicht nur aus dem Gesichtspunkte ihres kausalen Bedingtseins heraus, sondern vor allem, in dem wir in den Normen die Bedingungen erblickten, unter denen die Regelung des sozialen Lebens sich erfüllen soll. Die Rechtsinstitute erschöpfen sich nun nicht mehr in ihrer Eigenschaft, Wirkungen aus Ursachen zu sein, sie erscheinen uns außerdem und vorzüglich als Mittel zum Zweck. Dann aber ergibt sich durch die Einführung des soeben als absolut gültig erkannten formalen Maßstabs für eine kritische Würdigung solcher Normen die an sie mit Fug zu richtende Anforderung: Daß sie rechtes Mittel zu rechtem Zwecke seien.“[4])

Würde diese Formulierung und Forderung Dohnas stimmen, so wäre wahrlich das „richtige Recht“ identisch mit dem geltenden.

Dohna unterstellt zwar bis zum Beweise des Gegenteils dem deutschen Gesetzgeber, daß er diesen Idealzustand — anders kann man ihn nicht nennen — habe schaffen wollen und geschaffen habe[5]). Aber es ist doch sehr fraglich und es wäre bedenklich, zu behaupten, daß dieser Idealzustand der Rechtsordnung entspreche. Wir haben bereits oben zugeben müssen — und hierin stimmt auch Dohna zu —[6]), daß jedenfalls der Gesetzgeber die Möglichkeit hat, ein Gesetz zu erlassen, das nicht im Sinne des richtigen Rechts liegt. Die Forderung Dohnas würde nur für den Fall stimmen, daß der Gesetzgeber hiervon keinen Gebrauch gemacht hätte. Aber, um mit den Worten Wegners zu sprechen, „selbst wenn der deutsche Gesetzgeber im allgemeinen mit ‚rechtswidrig‘ ‚gerechtigkeitswidrig‘ meinen sollte, so würde das dennoch die Wissenschaft nicht von der Pflicht entbinden können, den Begriff ‚rechtswidrig‘ zu bestimmen“[7]).

---

[4]) Vgl. Dohna, Rechtswidrigkeit S. 47; auch Wegner S. 47 ff.

[5]) Vgl. Dohna, Rechtswidrigkeit S. 52.

[6]) Vgl. Dohna, Rechtswidrigkeit S. 50 ff.: „Die Unrichtigkeit einer Rechtssatzung tut der unbedingten Bindung aller Glieder der Rechtsgemeinschaft an den gültig erlassenen Rechtsbefehl niemals auch nur den geringsten Eintrag.“ Siehe auch Stammler, Richtiges Recht S. 111 ff.

[7]) Vgl. Wegner S. 48; siehe auch Beling, Lehre vom Verbrechen S. 32 ff.

Rechtswidrig aber ist unrichtig nach der Meinung des Gesetzgebers. — Und in diesem Sinne, nicht im Sinne des objektiv richtigen Rechts, sind auch die zahlreichen Lücken im Gesetzbuch zu ergänzen. Der Gesetzgeber kann keinen Anspruch darauf erheben, daß er für alle Fälle eine genau präzisierte Regelung biete, vielmehr trifft er nur die „typischen" Fälle. Das Schweigen des Gesetzes aber erfordert — das müßte eigentlich selbstverständlich sein — eine Ergänzung aus dem Sinn der Kodifikation, ausgehend von einer Betrachtung des Rechts als eines zusammenhängenden Systems[8]).

In ähnlichen Gedankengängen bewegt sich auch M. E. Mayer. Er will in seiner Realdefinition, die er einer bloßen Nominaldefinition gegenüberstellt, den Begriff der Rechtswidrigkeit „extern" bestimmen. Hierbei hat er das richtige Gefühl; daß nämlich die Erkenntnis des einen Zeitabschnitt beherrschenden Rechtswillens sich nur aus dem Zusammenhang mit der Gesamtkultur der Epoche gewinnen lasse[9]). Aber auch er geht in seinen Forderungen zu weit. Im Umfang des ungesetzten Rechts und erst recht, soweit Lücken des positiven Rechts sich ergeben, fließt seine Rechtswidrigkeit mit der kulturellen Pflichtwidrigkeit vollständig zusammen. Nagler hat deshalb recht, wenn er die Lehre Mayers eine allzu naturrechtlich gefärbt nennt[10]). Auch „v. Liszts sog. materielle Rechtswidrigkeit entpuppt sich als Gesellschaftswidrigkeit im Sinne der Soziologie; sie führt ganz zu Unrecht den Namen der Widerrechtlichkeit. Dies erkennt v. Liszt insofern selbst an, als er — besonnen genug — sie wenigstens das geltende Recht nicht korrigieren läßt und sich bremsend gegen v. Dohnas ‚bedenkliche Neigung, die Kraft positiv rechtlicher Satzung zu unterschätzen', wendet"[11]).

Rechtswidrig bedeutet vielmehr immer und überall „das einem bestimmten Willen Entgegensein"[12]), unrichtig nach dem Willen des Gesetzgebers. Und aus dem Sinn und Zweck dieser Rechtsordnung sind auch allein die bestehenden Lücken zu ergänzen und jeder Einzelfall zu entscheiden. — Eine andere Entscheidung würde immer zu einer gewissen Willkür führen, die keineswegs mit dem Garantiecharakter des Gesetzes zu vereinbaren ist. „Nicht die Gerechtigkeitserkenntnis eines Richters, nicht sein von vorneherein ganz ungewisses, von persönlichen Faktoren allzu abhängiges Urteil über das objektiv Richtige" darf maßgebend sein, „sondern die Meinung über Recht und Unrecht,

---

[8]) Vgl. Wegner S. 55.
[9]) Vgl. Wegner S. 51; Stammler, Rechtswissenschaft S. 212/13.
[10]) Vgl. Nagler S. 294 ff.
[11]) Vgl. Nagler S. 354.
[12]) Vgl. Wegner S. 49.

auf die sich die gesetzgebenden Körperschaften einigten, die Rechtsüberzeugung, aus der das Gesetz geboren wurde und auf der es beruht.“ [13])

Kapitel IV.

§ 7.

Die Bedeutung und Lösung der Pflichtenkollision im Strafrecht.

In den voraufgehenden Paragraphen und Kapiteln stellten wir fest: Die Rechtssetzung hat die Aufgabe, Rechte und Pflichten voneinander abzugrenzen und zu garantieren. Aber nicht alles kann in der geschriebenen Rechtsordnung enthalten sein. Manches Selbstverständliche ist nicht besonders erwähnt und manchen nicht in Worten formulierten Normen kommt dieselbe Bedeutung zu wie den in der Rechtsordnung genau präzisierten [1]).

Alles Recht ist „Situationsrecht“ [2]). „Die bloß relative Geltung der Norm oder — wie man im Anschluß an Binding zu sagen sich gewöhnt hat — die Ausstattung jeder Norm mit Ausnahmen schließt die Annahme einer absoluten Widerrechtlichkeit von vorneherein aus; es kann kein Unrecht an sich geben.“ [3]) — Und wenn Graf Dohna behauptet, es gäbe Handlungen, die sich in rechtmäßiger Ausführung gar nicht denken lassen und als Beispiel den Meineid anführt [4]), so mag das in diesem Falle stimmen. Es kann dahingestellt bleiben, ob Nagler darin recht zu geben ist, daß Dohna hiermit sein allgemeines Prinzip (rechtmäßig gleich rechtes Mittel zu rechtem Zweck) preisgebe und eigenartige Konstellationen auch hier eine Ausnahme schaffen können [5]). — Ein Einzelfall kann an dem Prinzip nichts ändern.

Der Ausdruck „Norm mit Ausnahme“ oder auch „Regel mit Ausnahme“ im Anschluß an Binding ist ungenau. Man kann jedoch

---

[13]) Im Ergebnis ähnlich z. B. Beling, Grundzüge S. 34: „Inwieweit eine Handlung rechtswidrig ist, ergibt sich aus dem Ganzen der positiven Rechtsordnung.“ Siehe auch Weber S. 113; Wegner S. 55; Zitelmann S. 20 (allerdings will Z. einen Ausschluß der Rechtswidrigkeit nur aus feststehenden Rechtssätzen gelten lassen). Siehe auch Fischer S. 110/11 u. a. m. Das Zitat befindet sich bei Wegner S. 50.

[1]) Vgl. §§ 4—6 dieser Abhandlung.

[2]) Vgl. Hold von Fernek Bd. I S. 205; Nagler S. 372.

[3]) Vgl. Nagler S. 372; Binding, Normen I S. 127 ff.; v. Ammon S. 24 a. E.

[4]) Vgl. Dohna, Rechtswidrigkeit S. 56 ff.; Nagler S. 373.

[5]) Vgl. Nagler S. 373.

ohne Bedenken an diesem Ausdruck festhalten, wenn man sich darüber klar ist, daß in dem Fall der Ausnahme die Norm gar nicht bestanden hat. Die Norm ist in diesem Falle nicht zuerst erlassen und dann nachträglich wieder zurückgezogen, sondern sie hat nie bestanden[6]).

Diese Gedanken sollen für die Lösung der Pflichtenkollision Verwertung finden. Eine Regelung der Pflichtenkollision in der Rechtsordnung selbst hat der Gesetzgeber nicht versucht. Und weshalb nicht? — Weil eine abstrakte Regelung auch hier wieder an der Mannigfaltigkeit des Lebens und der Unmöglichkeit, alles in abstrakte Formeln zu fassen, gescheitert wäre. Mehr als in einem allgemeinen Satz zu sagen „die höhere Pflicht geht vor", hätte der Gesetzgeber nicht gekonnt[7]). Und welches die höhere Pflicht ist, wäre genau so wie jetzt doch in jedem einzelnen Falle besonders festzustellen gewesen[8]).

Wenn also in dem Falle einer Pflichtenkollision die höhere Pflicht befolgt wird, dann ist die Unterlassung der weniger wichtigen Pflicht rechtmäßig, d. h. für diesen Fall ist die Erfüllung der geringeren Pflicht gar nicht von der Rechtsordnung verlangt. Im Gegenteil! Wenn der in einem Widerstreit verschiedener Rechtspflichten sich Befindende der geringeren den Vorzug gibt, dann handelt er geradezu rechtswidrig. Und wenn zwei gleichwichtige Pflichten miteinander in Kollision geraten, so stehe ich nicht an, gegen Beling[9]) zu behaupten, daß eine Pflicht nach Wahl des Handelnden erfüllt werden kann, und daß gerade die Erfüllung dieser Pflicht dann rechtmäßig ist.

Es unterliegt also keinem Zweifel, daß die höhere Pflicht befolgt werden muß. Es fragt sich nur, wie ist diese höhere Pflicht festzustellen und welchen Momenten kommt bei der Feststellung Bedeutung zu. Drei Fragen erscheinen uns hierbei von Wichtigkeit:

---

[6]) Vgl. v. Ammon S. 24; siehe auch hierzu Dohna, Rechtswidrigkeit S. 37; Hold von Fernek Bd. I S. 291 ff.; Fischer S. 192.

[7]) Siehe z. B. Weber S. 117, S. 15; auch Rümelin S. 44; vgl. auch Simmel Bd. II S. 403; ebenfalls Oetker, VDA. S. 392; Baumgarten S. 68.

[8]) Natürlich könnte, worauf ich bereits oben hingewiesen habe, der Gesetzgeber auch eine Rechtspflicht als eine unbedingte aufstellen. Vgl. noch Merkel, Kollisionen S. 73.

[9]) Vgl. hierzu die Ausführungen Belings, Grenzlinien S. 21: „Läßt sich bei aller Mühe nicht feststellen, ob sich bei einer bestimmten Interessenkollision die Waage nach dieser oder jener Seite neigt, so bleibt nichts anderes übrig, als die in Frage stehenden an sich gegebenen, einander widersprechenden Handlungsbefugnisse gegeneinander aufzuheben und beide Handlungen ebensosehr der Rechtmäßigkeit wie der Rechtswidrigkeit zu entkleiden, sie also zu rechtlich weder verbotenen noch erlaubten, d. h. zu rechtlich irrelevanten zu stempeln." And. A. Stammler, Notstand S. 77 a. E.

1. Kommt der inneren Einstellung des Täters bei der Lösung der Pflichtenkollision irgendwelche Bedeutung zu?
2. Wer hat darüber zu entscheiden, welche von den Pflichten die wichtigere ist?
3. Nach welchen Gesichtspunkten ist diese Entscheidung zu treffen?

Für die Beantwortung der beiden ersten Fragen läßt es sich nicht umgehen, auf das Problem der objektiven und subjektiven Rechtswidrigkeit einerseits, die Unterscheidung von Rechtswidrigkeit und Schuld andererseits einzugehen. Dieselben Regeln, die dort Anwendung finden, sind auch, wie wir weiter unten sehen werden, zur Lösung dieser Fragen von ausschlaggebender Bedeutung.

Logisch möglich ist die Konstruktion des Unrechts ebensogut auf dem Boden des Merkelschen Subjektivismus als auch auf dem Boden des — etwa von Nagler vertretenen — Objektivismus[10]).

Es ist „zweifellos ein Verdienst von Thon, Hold von Fernek, Löffler, Dohna, Beling, H. A. Fischer, Nagler u. a., die Beantwortung der durch den geistvollen Adolf Merkel (1867) aufgeworfenen Frage über das „objektive Unrecht" gefördert und wesentlich verfeinert zu haben. Aber die Freude an dem Gefundenen hat auch hier, wie so oft, zu Einseitigkeiten und Übertreibungen geführt. Sätze, wie z. B. jener Naglers (Festschrift, Binding II, 273): ‚Rechtswidrigkeit als Widerspruch gegen das objektive Recht begriffen, kann logischerweise gar nicht anders als rein objektiv aufgefaßt werden', sind keineswegs so selbstverständlich, wie sie nach der Sicherheit, mit der sie vorgetragen werden, erscheinen möchten"[11]).

Und wenn auf der anderen Seite der Vertreter des Subjektivismus in der strengsten Form, Hold von Fernek, es geradezu als den Hauptzweck seines Werkes bezeichnet, dem Märchen von der objektiven Widerrechtlichkeit den Garaus zu machen und zur vollkommenen Gleichstellung von Rechtswidrigkeit und Schuld gelangt[12]), so dünkt auch dieses bedenklich.

Wir werden sehen, daß die Wahrheit hier, wie so oft, in der Mitte liegt.

---

[10]) Vgl. Mezger, Unrechtselemente S. 241.

[11]) Vgl. Finger, Lehre vom Tatbestand und der Rechtswidrigkeit S. 387; siehe bezüglich des Naglerschen Standpunktes noch Nagler S. 332.

[12]) Siehe Hold von Fernek Bd. I S. 8; siehe auch S. 18, 149, 277 ff., 328, 332 u. a. m.; vgl. auch die Ausführungen bei Mezger, Unrechtselemente S. 222 ff.; auch Nagler S. 334.

I. Kommt der inneren Einstellung des Täters bei der Lösung der Pflichtenkollision irgendwelche Bedeutung zu?

Bei der Beantwortung dieser Frage kommt es uns lediglich darauf an, festzustellen und zu beweisen, daß bei der Bestimmung der Rechtmäßigkeit einer Handlung und deshalb auch bei der Lösung der Pflichtenkollision Willenselemente des Täters von Wichtigkeit sind.

Wenn die Vertreter des Objektivismus, die die Rechtswidrigkeit in etwas rein Äußerlichem sehen, auch Wirkungen von Naturkräften als unvereinbar mit dem Recht bezeichnen[13]), so genügen zur Entkräftung dieser Ansicht die Ausführungen, die Finger hierzu gemacht hat: „Ist es zulässig, den Hagelschlag als rechtswidrig zu bezeichnen, weil er Rechtsfolgen auslösen kann, die auch an den von Menschenhand bewirkten Schaden geknüpft sind? Liegt hier nicht eine schlimme „quaternio terminorum" vor, in welcher um einer rein äußerlichen Übereinstimmung willen Wesenverschiedenes unbeachtet bleibt? Schließt man hier nicht von der Rechtsfolge auf den Gegenstand, vom Prädikat auf das Subjekt und begeht man hier nicht den Fehler, den Hofacker spöttisch mit ‚Gänsebein-Logik' bezeichnet?" (Gänse haben zwei Beine, die Menschen haben zwei Beine; folglich sind die Menschen Gänse.)[14])

Vielmehr ist die Rechtsordnung nur dazu da, die Beziehungen zwischen den Menschen zu regeln; willenlosen Elementen kann und will der Gesetzgeber nichts verbieten[15]).

Trotzdem erkennen wir auch schuldloses Unrecht an und unterscheiden zwischen Rechtswidrigkeit und Schuld[16]).

Die Wiedergabe eines von Graf Dohna[17]) erwähnten Beispiels wird uns davon überzeugen, daß innerhalb der Rechtmäßigkeit gewisse Willenselemente von Bedeutung sind:

Es wirft jemand aus purem Rachegefühl eine Fensterscheibe ein, ohne zu wissen, daß das Haus brennt und daß er durch seine ruchlose Tat einen Erstickenden rettet.

---

[13]) So z. B. Nagler S. 273, 332.

[14]) Vgl. Finger, Lehre vom Tatbestand und der Rechtswidrigkeit S. 387/88.

[15]) Vgl. z. B. Dohna, Rechtswidrigkeit S. 54: „Das Recht ist ein System von Beziehungen unter Menschen", auch a. a. O. S. 66; siehe auch Kitzinger S. 11 ff. Beachte noch die Ausführungen hierzu und bezüglich Willens- und Zurechnungsunfähiger bei Dohna, Notwehr und Notstand S. 125 ff., auch Wegner S. 59 Anm. 3; siehe auch die zum Teil verfehlten Ausführungen bei Zimmerl S. 3 ff.

[16]) Siehe hierüber weiter unten unter II., wo auch gesagt wird, wo die Grenze zu ziehen ist.

[17]) Vgl. Dohna, Elemente des Schuldbegriffs S. 311.

Sauer[18]) als Vertreter der streng objektiven Richtung hat geltend gemacht, daß niemals ein rein subjektives Element die Rechtswidrigkeit begründen könne. Hiermit werde Recht und Moral verwischt. Denn nur für die Moral gelte der Kantsche Satz: Nichts in der Welt ist gut als allein der gute Wille. — Er kommt auf Grund dieser Auffassung dann zu der Entscheidung, daß, wer die Fensterscheibe des Nachbarn einschlägt und dadurch dessen Kind rettet, das durch eine Kohlenoxydgasvergiftung gefährdet war, unter allen Umständen rechtmäßig handele und keine Sachbeschädigung begehe, auch wenn ihn Mutwillen oder Bosheit geleitet hätten. „Staat wie Nachbar sollten sich freuen, daß ein Menschenleben gerettet ist."

Eine derartige Regelung widerspricht nicht nur dem Rechtsgefühl, sondern auch dem Sinn unserer Rechtsordnung; ein derartiger Mensch darf nicht unbestraft davonkommen. Daß es in den meisten derartigen Fällen nicht zur Anzeige kommt und daß auch die innere Einstellung des Täters manchmal sehr schwer festzustellen sein wird, muß unbeachtet bleiben. Wer so handelt, wie oben dargestellt ist, verstößt unter allen Umständen gegen die Bestimmung des Strafgesetzbuches, die die Sachbeschädigung verbietet, §§ 303 ff. StGB. — Wesentlich anders ist der Fall, daß einer sein eigenes Haus, in der Meinung, es sei ein fremdes, beschädigt, in seinem eigenen Hause eine Fensterscheibe einstößt, in der Absicht, einen anderen dadurch zu schädigen. Hier fehlt es an dem Tatbestand der Sachbeschädigung (§ 303 StGB. verlangt eine „fremde Sache"), und die Ansicht des Reichsgerichts, das selbst hier noch wegen des verwerflichen Willens strafen will, ist mit der Rechtsordnung nicht im Einklang. —

Hieran sehen wir bereits, wenn wir diese beiden Beispiele miteinander vergleichen, daß nicht der Wille allein die verbrecherische Handlung ausmacht und zur rechtswidrigen stempelt, wir erkennen aber auch, daß die innere Einstellung des Handelnden nicht ohne Bedeutung für die Rechtswidrigkeit ist.

Noch deutlicher kommt es bei den sogenannten „Amtshandlungen" zum Ausdruck, daß zur rechtmäßigen Handlung gewisse Willenselemente erforderlich sind[19]).

Der Staat mußte zwar hier zugunsten des allgemeinen Interesses in manchen Fällen auf sonst von ihm geschützte Individualinteressen verzichten und der Beamte handelt so lange rechtmäßig, als er sich in den Grenzen des ihm eingeräumten und pflichtgemäßen Ermessens

[18]) Vgl. Sauer, Grundlagen des Strafrechts S. 345 ff.; siehe hierzu auch Mezger, Unrechtselemente S. 237/39, und Schmidt, Notstand S. 397.

[19]) Vgl. hierzu die Ausführungen Dohnas, Rechtswidrigkeit S. 135/36; siehe auch Fischer S. 288, und Mezger, Unrechtselemente S. 228.

bewegt und danach sein amtliches Verhalten einrichtet, sollte er sich auch in einem tatsächlichen Punkte irren[20]).

Wenn allerdings u. a. H. A. Fischer[21]) bestreitet, daß eine Verhaftung eines Unschuldigen und seine Bestrafung rechtmäßig sei, so mögen ihn die Worte Belings[22]) von der Unhaltbarkeit seiner Ansicht überzeugen. „Es ist Recht, nicht Unrecht, wenn gegen den noch so Unschuldigen eine Anklage erhoben, ein Haftbefehl erlassen wird usw. Man hat dies freilich bestritten. Aber schon die grauenhafte Perspektive, die sich bei solchem Bestreiten auftut, sollte zu denken geben. Danach würde sich die Amtstätigkeit unserer Strafgerichte, unserer Staatsanwaltschaften und Polizeibehörden zu einem schwer zu schätzenden, aber jedenfalls sehr erheblichen Prozentsatz der Fälle als fortgesetztes Verüben unerlaubter Handlungen darstellen, und durch sie würde der Staat selber fort und fort auf unrechtmäßigen Wegen wandeln.

Und da wir den Strafprozeß im allgemeinen Interesse nicht missen können, ein Abstandnehmen von ihm wegen Ungewißheit über Schuld oder Unschuld aber auf ein völliges Verzichten auf ihn hinauskommen würde, so muß eben notgedrungen das Individualinteresse des Unschuldigen, so unerwünscht dies auch ist, zurücktreten. Der sichere Schaden, den die Gesamtheit bei Ausfall der Strafjustiz erleiden würde, erscheint gegenüber den möglichen an sich unerwünschten Leideszufügungen gegen einzelne als das größere Übel. Deshalb muß der Strafprozeß auf das Risiko hin, daß er einen Unschuldigen trifft, von Rechts wegen freigegeben sein."

Aber nicht genügen die rein formalen Voraussetzungen allein, um die Handlung zu einer rechtmäßigen zu machen. Man hat dies allerdings bestritten, und vor allen Dingen ist es wiederum Sauer[23]), der hier auf streng objektiven Boden tritt. Ihm kommt es allein auf die „Legalität der Handlung" an; sonst müßte jeder Haftbefehl auf die Reinheit seiner Zwecke, jede Erstattung einer Strafanzeige unter objektiv berechtigenden Umständen darauf geprüft werden, ob der Anzeigende auch wirklich den Zweck verfolgt, der strafenden Gerechtigkeit zum Siege zu verhelfen. Seine Ansicht ist, „der Staat sollte froh sein, wenn objektiv ihm nützliche Handlungen vorgenommen werden, und sollte die Rechtmäßigkeit nicht davon abhängig machen, daß der Handelnde auch aus einer entsprechenden, zudem praktisch selten zweifelsfrei feststellbaren Gesinnung die Tat vollbrachte".

---

[20]) Vgl. Dohna, Rechtswidrigkeit S. 135.
[21]) Vgl. Fischer S. 102/03.
[22]) Vgl. Beling, Grenzlinien S. 16.
[23]) Vgl. Sauer, Grundlagen des Strafrechts S. 347 ff.; siehe auch Mezger, Unrechtselemente S. 298.

Diese Auffassung Sauers ist u. E. eine verfehlte und wir geben Dohna[24]) dahin recht, daß die rechtmäßige Amtsausübung einen subjektiven guten Willen voraussetzt. Denn selbst dem „schlechten" Willen einen rechtmäßigen Eingriff zu gestatten, würde nicht nur unserem Rechtsempfinden widersprechen und geradezu widersinnig sein, sondern eine derartige Regelung entspricht auch keineswegs dem Sinn unserer Rechtsordnung. Wohin würde es führen, wenn der Staat- und die Rechtsordnung die Handlung eines Beamten für rechtmäßig erklären würde, der sich zwar innerhalb der formal gesteckten Grenzen bewegen, aber nur aus böswilligen und rachelüsternen Erwägungen tätig würde! — Deshalb bleibt „der Widerstand straflos, wenn das Sicherheitsorgan bösgläubig zur Festnahme schreitet; denn § 113 StGB. schützt den Vollstreckungsbeamten nur ‚in der rechtmäßigen Ausübung seines Amtes'. Ebenso kann sich der Eigentümer einer Sache, die der Gerichtsvollzieher wider besseres Wissen zum Zwecke der Pfändung an sich nehmen will, mit Gewalt gegen diese Rechtsverletzung wehren"[25]).

Daß vor allen Dingen auch innerhalb der Strafzumessung der „gute" Wille des Richters und sein pflichtgemäßes Handeln bedeutungsvoll und u. E. auch grundlegend für die Rechtmäßigkeit der dem Angeklagten auferlegten Strafe ist, darauf weist Mezger besonders hin[26]). Rein formal, im Sinne des strengen Objektivismus würde der Strafrichter schon dann rechtmäßig handeln, wenn er äußerlich alle Bedingungen erfüllen und innerhalb des vorgeschriebenen Strafrahmens sich halten würde. — Hier gilt dasselbe, was auch bereits eben gesagt wurde, daß eine derartige Regelung geradezu widersinnig wäre. Man kann allerdings hier, wie auch in den eben genannten Fällen, mit Mezger sagen, daß hier eine Vermutung für die Rechtmäßigkeit gilt, solange der mißbilligte Zweck dem Handelnden nicht nachgewiesen wird[27]).

Wir glauben durch diese Ausführungen zur Genüge bewiesen zu haben, daß innerhalb der Rechtmäßigkeit Willenselemente von ausschlaggebender Bedeutung sind. Und was hierfür gilt, gilt auch für die Lösung der Pflichtenkollision. Denn auch hierbei handelt es sich darum,

[24]) Vgl. Dohna, Rechtswidrigkeit S. 135; Mezger, Unrechtselemente S. 297.

[25]) Vgl. Jellinek, Fehlerhafter Staatsakt S. 112. — Diese Regelung mag angesichts der Fassung von § 808 ZPO. nicht streng zweifelsfrei sein, wird aber allein dem Rechtsempfinden und auch einer vernünftigen Auslegung der Rechtsordnung entsprechen.

[26]) Vgl. Mezger, Unrechtselemente S. 300. Mezger will dort unterscheiden zwischen „kognitivem" und „volitivem" Ermessen. Eine Unterscheidung, die sich zweifelsohne vertreten läßt, aber u. E. nicht dem entspricht, was der Gesetzgeber gewollt hat.

[27]) Vgl. Mezger, Unrechtselemente S. 300.

zu ergründen, welche Pflicht befolgt werden muß, die Erfüllung welcher Pflicht rechtmäßig ist. Und weshalb soll es in diesem Falle anders sein, weshalb sollte es bei der Lösung der Pflichtenkollision dem Täter zugute gehalten werden, wenn er zufällig oder böswillig gerade die kleinere Pflicht vernachlässigte?

II. Wer hat darüber zu entscheiden, welche von den Pflichten die wichtigere ist?

Bei einem weiteren, ebenfalls von Graf Dohna[28]) erwähnten Beispiel geben wir Sauer recht, wenn er gegen Dohna geltend macht, daß ein unsachgemäßer Eingriff des Arztes nicht dadurch rechtmäßig wird, daß dieser ihn nach pflichtgemäßer Überzeugung für notwendig hält. Dies würde wieder eine Überspannung des subjektiven Moments innerhalb der Rechtswidrigkeit bedeuten und mit Recht würde gegen eine derartige Ansicht das Wort Kohlrauschs[29]) gelten, daß von da aus auch nicht mehr weit zur Straflosigkeit des überzeugten Anarchisten sei.

Gerade die zahlreichen Abhandlungen, die über das ärztliche Eingriffsrecht geschrieben worden sind, haben des öfteren die Rechtmäßigkeit des ärztlichen Handelns allein von dem pflichtgemäßen Tätigwerden des Arztes abhängig gemacht. Diese Ansicht halten wir für zu weitgehend. Der Pflicht kommt vielmehr nur die Hauptbedeutung innerhalb der Feststellung der Schuld zu[30]).

Wenn z. B. Graf Dohna behauptet, bei ärztlichen Eingriffen sei der Arzt in erster Linie Sachverständiger, dann wird es schwer fallen, hier noch Rechtswidrigkeit und Schuld zu unterscheiden[31]).

Selbstverständlich kommt den Feststellungen des Arztes, die dieser vor seinem Eingriff vorgenommen hat, eine gewisse und auch nicht gerade die kleinste Bedeutung zu, aber diese Feststellungen sind nicht die allein ausschlaggebenden. Vielmehr ist die Handlung des Arztes den Nachprüfungen des Richters auch nach objektiven Gesichtspunkten unterworfen[32]).

---

[28]) Vgl. Dohna, Elemente des Schuldbegriffs S. 311.

[29]) Vgl. Kohlrausch, Rechtswidrigkeit S. 662; auch Mezger, Unrechtselemente S. 226, 239.

[30]) Siehe hierüber vor allen Dingen RGSt. 61 S. 242 ff.; 62 S. 137 ff.; Schmidt, Notstand S. 350 ff.; aber auch RGZ. 53 S. 317 ff.; RGSt. 59 S. 407 ff. — Das Arztrecht wird uns des näheren noch weiter unten unter III beschäftigen.

[31]) Daß Dohna trotzdem auch Rechtswidrigkeit und Schuld unterscheiden will, beweisen seine Ausführungen, Rechtswidrigkeit S. 135 ff.

[32]) Siehe hierzu Mezger, Unrechtselemente S. 242.

Hierbei wird der Richter regelmäßig Sachverständige zuzuziehen haben, und diese haben dann festzustellen, ob der handelnde Arzt richtig und fehlerlos nach den Regeln der ärztlichen Kunst gehandelt hat. Ergibt sich das Gegenteil, so steht nicht ohne weiteres fest, daß er damit auch eine strafbare Handlung begangen hat. In diesem Falle kann es immer noch an der zur Strafbarkeit erforderlichen Schuld fehlen. — Bei der Feststellung der Richtigkeit des Eingriffs wird der Arzt, der den Eingriff vorgenommen hat, zum mindesten Mitsachverständiger — Sachverständiger nicht in dem üblichen, sondern in einem anderen, im folgenden auseinandergelegten und erläuterten Sinne — sein müssen: Läßt sich kein Einverständnis darüber erzielen, ob der handelnde Arzt oder einer der zugezogenen sachverständigen Kollegen recht hat — das wird immer dann der Fall sein müssen, wenn unparteiische und kundige Sachverständige mehrere Ansichten und unter diesen auch die des unter Verfolgung stehenden Arztes vorbringen — und hat dieser nach sorgfältiger Prüfung gehandelt, dann wird der Richter sich mit Fug und Recht der Ansicht des Angeklagten anschließen und diesen deshalb freisprechen können, weil er rechtmäßig gehandelt hat[33]).

Der gute Wille und die innere Einstellung allein macht die Tat noch nicht zu einer rechtmäßigen, hebt die Widerrechtlichkeit nicht auf. Denn „keine Wucht der individuellen Überzeugung vermag dem positiven Recht abändernd oder ergänzend einen anderen Inhalt zu substituieren. Der Wille der Rechtsquelle bietet ausschließlich die autoritative Regelung; er unterliegt keiner Korrektur durch irgendeine übergeordnete Instanz“[34]). Vielmehr sind nach dem Sinn und Zweck des geltenden Rechts die Erwägungen des Täters nachzuprüfen und festzustellen, ob sie objektiv die richtigen waren. Nur dann, wenn dies der Fall ist, wenn der Täter sorgfältig und nach vernünftiger Rechtsauslegung richtig gehandelt hat, kann die Tat eine rechtmäßige sein. Gerade bei der Tätigkeit des Arztes berühren sich in diesem Punkte oft, oder man könnte fast sagen immer, Rechtswidrigkeit und Schuld. So wird meistens der Arzt, der auf Grund seines besten Könnens und Wollens trotzdem einen falschen Eingriff vornimmt, auch fahrlässig, d. h. schuldhaft handeln, aber erforderlich ist es nicht.

De lege ferenda wäre für das ärztliche Eingriffsrecht eine ähnliche Regelung wie bei der Amtstätigkeit angebracht, die eine Tätigkeit nach sorgfältiger Prüfung und pflichtgemäßem Ermessen für rechtmäßig er-

---

[33]) Mezger, Unrechtselemente S. 282 nimmt einen sogenannten subjektiven Unrechtsausschließungsgrund an, den er in dem Heilzweck erblickt.

[34]) Vgl. Nagler S. 345; auch Beling, Unschuld, Schuld und Schuldstufen S. 7 ff.; Goldschmidt S. 14, 34: „Die Entschuldigungsgründe finden ihren Grund in einem subjektiv überwiegenden und gebilligten Motiv“, u. a. m.

klären würde[35]). Dieser Anforderung ist ja auch in dem Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuches von 1927 besser als bisher Genüge geschehen. — De lege lata aber ist u. E. ein weitergehendes Abstellen auf die „Pflichtmäßigkeit", als dies oben geschehen ist, nicht möglich, da hierfür das Gesetz keine Handhabe bietet. —

Dagegen bezieht sich die Prüfung der Schuld darauf, ob dem Handelnden seine Motive vorgeworfen und angerechnet werden können. Innerhalb der Schuldfrage ist festzustellen, ob der Staat unter den vorliegenden Umständen eine nicht vollkommen in seinem Interesse liegende Motivierung verstehen und würdigen kann[36]).

Diese Ausführungen berechtigen uns zu dem Schluß:

Die Pflicht hat ihre Hauptbedeutung innerhalb der Schuld. Hat der Täter nach bestem Wissen und Können und sorgfältigster Prüfung gehandelt, dann fehlt es jedenfalls an der zur Strafbarkeit erforderlichen Schuld. Hier spielt also die Person des einzelnen die wichtigste Rolle und er selber gibt deshalb zuguterletzt auch die Entscheidung, wenn er nur alles getan hat, was in seinen Kräften stand und von ihm verlangt werden konnte. (Das schließt natürlich nicht aus, daß auch dies objektiv nachgeprüft wird.)

Auch innerhalb der Bestimmung der Rechtswidrigkeit und der Feststellung der höheren von zwei Pflichten ist die innere Einstellung, der gute Wille beachtlich. Aber der beste Wille allein macht die Tat nie zu einer rechtmäßigen. Hier tritt also die Person des Handelnden vollkommen in den Hintergrund. Nicht der Täter und auch nicht die persönliche Auffassung des Richters entscheidet, sondern einzig und allein die Rechtsordnung gibt den Ausschlag, welches die höhere Pflicht ist.

III. Nach welchen Gesichtspunkten ist die höhere Pflicht festzustellen?

Die größte Schwierigkeit ergibt sich erst bei der Beantwortung dieser letzten Frage, nach welchen Gesichtspunkten die höhere Pflicht festzustellen sei, und wir werden sehen, daß eine absolute Regelung bei der Feststellung der höheren Pflicht geradezu unmöglich ist. Sie scheitert an der Mannigfaltigkeit des Lebens, die es unmöglich macht, alles in Paragraphen und Normen zu pressen. Weil alles Recht Situationsrecht ist, ist immer der konkrete Einzelfall maßgebend und deshalb ist auch nur in jedem einzelnen Fall zu entscheiden, welches die höhere Pflicht ist.

[35]) Vgl. hierzu Broglio S. 31; Schmidt, Notstand S. 406.
[36]) Vgl. Goldschmidt S. 14.

Wie wir bereits weiter oben festgestellt haben, muß nicht gerade immer die Pflicht die höhere sein, die in der geschriebenen Rechtsordnung enthalten ist, sondern wir mußten anerkennen, daß es auch außerhalb der Rechtsordnung Pflichten gibt, denen dieselbe Bedeutung zukommt. Wir nannten diese Pflichten Sittenpflichten mit Exzeptionskraft und unterschieden diese von sogenannten „reinen" Sittenpflichten.

Vor allen Dingen das auf Grund des geltenden Rechts (geltend hier im Sinne von geschriebenem Recht gebraucht) häufig verbotene Eingriffsrecht des Arztes hat hier fördernd gewirkt. Während man früher darüber stritt, ob ein Arzt, wenn die Mutter in Lebensgefahr war, das Kind töten dürfe, und zwar deswegen stritt, weil aus dem Notstandsparagraphen ein derartiges Recht zu einem Eingriff gegen das Kind nicht herzuleiten war — es sei denn, daß der Handelnde ein naher Verwandter war —, steht es heute nach den bahnbrechenden Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen im 59., 61. und 62. Bande fest, daß ein derartiges Tötungsrecht besteht[37]).

Sehen wir uns diesen Fall des ärztlichen Tötungsrechtes, der so klärend für die Annahme „übergesetzlicher"[38]) Pflichten gewesen ist und auch manche Anregungen zur Lösung von Pflichtenkollisionen gebracht hat, etwas näher an:

Vorausgeschickt sei der bei Radbruch erwähnte Standpunkt der katholischen Kirche: „Das ewige Leben des noch ungeborenen Kindes (vita spiritualis) gilt mehr als das zeitliche Leben (vita temporalis) der Mutter; diese kann deshalb nicht nur nicht die der Frucht schädliche Behandlung verlangen, sondern hat sogar die sich aus der Pflicht der Barmherzigkeit (caritas) ergebende Verpflichtung, sich zur Rettung des kindlichen Seelenheils dem Kaiserschnitt zu unterziehen."[39])

Anders als dieser vom Standpunkt der Kirche aus konsequente Standpunkt ist der des Staates, dessen Aufgabe es ist, das wertvollere körperliche Gut auf Kosten des geringeren zu schützen.

Das Reichsgericht hat in den eben aufgeführten Entscheidungen die sogenannte Güterabwägungstheorie anerkannt und sich zu dem Grundsatz bekannt, daß die höhere Pflicht auf Kosten der minder hohen zu erfüllen und die Nichterfüllung der letzteren nicht rechtswidrig sei[40]). Daß aber das Leben und die Gesundheit einer Mutter von der

---

[37]) Vgl. hierzu RGSt. 59 S. 407 ff.; 61 S. 242 ff.; 62 S. 137 ff.

[38]) vgl. Schmidt, Notstand S. 350 ff.

[39]) Vgl. Radbruch, Geburtshilfe und Strafrecht S. 24; Wachenfeld S. 32.

[40]) Vgl. hierzu außer den eben genannten Entscheidungen des Reichsgerichts RGZ. 53 S. 317; RMG. 17 S. 44; auch Goldschmidt in JW. 1927 S. 2022.

Rechtsordnung höher bewertet wird als das Leben des künftigen Kindes, geht unzweifelhaft aus einem Vergleich der §§ 211 ff., 224, 225 StGB. mit dem § 218 StGB. hervor. Infolgedessen ist bei der medizinischen Indikation die Unterbrechung der Schwangerschaft durch den Arzt, der allein zu einer sachgemäßen Prüfung imstande ist, eine rechtmäßige und straflose Handlung[41]).

Erwähnt sei, daß auch die Mediziner diesen Eingriff als ihrer Berufsehre und dem gesundheitlichen Wohl des Volkes entsprechend ansehen. Bestätigt und für die Ärzteschaft zur offiziellen Kenntnis gebracht wird diese Ansicht in den „Leitsätzen der Preuß. Deputation für das Medizinalwesen" vom 14. 3. 1916. § 1 lautet: „Der Arzt darf nur aus medizinischer Indikation die Schwangerschaft unterbrechen. Die Indikation darf nur dann als vorliegend erachtet werden, wenn bei der betreffenden Person infolge einer bereits bestehenden Erkrankung eine als unvermeidlich erwiesene schwerste Gefahr für Leben und Gesundheit vorhanden ist, die durch kein anderes Mittel als durch Unterbrechung der Schwangerschaft abgewendet werden kann."[42]) § 2 untersagt ausdrücklich und unter Hinweis auf die Strafbarkeit die Unterbrechung aus sozialen oder rassehygienischen Gründen[43]).

In diesem Falle, in dem es sich darum handelt, festzustellen, welches Gut nach der Rechtsordnung das höherwertigere ist, Mutter oder Kind, ist u. E. die Lösung leicht und unzweideutig. Deswegen hat auch der Gesetzgeber im Entwurf von 1927 (§ 254) diese Regelung zum Ausdruck gebracht. In den anderen Fällen aber, die auch tagtäglich auftreten können, ist die Entscheidung oft eine äußerst schwierige und deshalb hat auch der Gesetzgeber hier keine Regelung versucht.

A. Negative Feststellungen.

Bei der Beantwortung unserer letzten Frage sind vier negative Feststellungen beachtlich:

1. Die obigen Ausführungen über das ärztliche Eingriffsrecht bestätigten uns nochmals, daß, wenn zwei Pflichten in Kollision geraten, nur die eine, und zwar die größere erfüllt zu werden braucht und daß es nicht nötig ist, daß diese höhere Pflicht in der geschriebenen Rechtsordnung enthalten ist. Die Gesetzesparagraphen sind eben, wie ich es nennen möchte, nur für den Durch-

---

[41]) Vgl. Hahn S. 27.
[42]) Vgl. Hahn S. 27/28.
[43]) Daß auch dem Willen der Mutter eine gewisse Bedeutung zukommt, soll uns hier nicht interessieren. Es genügt uns die Feststellung und Bestätigung des Prinzips.

schnitt der Fälle aufgestellt[44]). Alles ist nicht in dieser geschriebenen Rechtsordnung enthalten und es kommt immer darauf an, „den uns in verschleierter Form entgegentretenden Rechtsgedanken in seiner wahren Gestalt zu erkennen“[45]).

Hüten muß man sich bei Feststellung des Rechtsgedankens bzw. des Gesetzesinhalts vor einem starren Formalismus und darf nicht außer acht lassen, daß es wegen der Mannigfaltigkeit des Lebens unmöglich ist, alles in Paragraphen zum Ausdruck zu bringen. — Auch fehlt für manches noch die genaue juristische Präzisierung oder aber der Gesetzgeber hat die Berücksichtigung für derart selbstverständlich gehalten, daß er es nicht für nötig hielt, dies in tote Worte zu kleiden[46]).

2. Dem festgestellten Prinzip der Güterabwägung[47]) stellen sich bei der Durchführung große Schwierigkeiten entgegen[48]).

Wenn man darauf zurückgeht, daß das Recht die Aufgabe hat, Rechte und Pflichten voneinander abzugrenzen und Interessen, sei es sozialer, sei es individualer Art zu schützen, so würde ein Vergleichen von Interessen und Lebensgütern zunächst die Möglichkeit voraussetzen, „sie auch nur annähernd mit gleichem Maß zu messen“[49]). Eine abstrakte Wertskala läßt sich eben nicht aufstellen. Auch ist es falsch, annehmen zu wollen, daß soziale Interessen immer den Interessen eines einzelnen vorgehen müßten. Regelmäßig wird dies ja der Fall sein, aber es ist nicht unbedingt erforderlich und die Rechtsordnung kann jedenfalls eine andere Lösung bringen.

3. Man darf weiterhin nicht die Interesenwidrigkeit, wie dies häufig geschieht, identifizieren mit der Rechtswidrigkeit. Das

---

[44]) Vgl. Nagler S. 282.

[45]) Vgl. Dohna, Rechtswidrigkeit S. 13 ff.

[46]) Vgl. Dohna, Rechtswidrigkeit S. 13, auch RGSt. 61 S. 244; Schmidt, Notstand S. 371; vgl. ferner Dohna, Recht und Irrtum S. 6 ff. u. a. m.

[47]) Das Prinzip der Güterabwägung wird von Graf Dohna noch mit folgenden Worten bekräftigt: „Wo von zwei Werten einer mit Gewißheit der Vernichtung anheimfallen wird, da wäre es kindischer Eigensinn, dennoch die Rettung beider als Ziel zu nehmen und dadurch möglicherweise den Untergang beider herbeizuführen.“ Und Binding führt hierzu aus: „Überall, wo der Staat vor zwei Übeln steht, von denen eines sicher kommt, meidet er das größere, wählt er das kleinere, nimmt er von zwei gleich großen Übeln das eintretende hin“ (vgl. Binding, Handbuch I S. 759).

[48]) Vgl. a. E. Hold von Fernek II S. 46 ff.; Oetker, VDA. S. 345; Fischer S. 226/27; auch Beling, Grundzüge S. 37; ferner Simmel II S. 403 ff.; beachtlich sind auch die Ausführungen Rudolf Merkels in seinem Buch: „Die Kollision rechtmäßiger Interessen und die Schadensersatzpflicht bei rechtmäßigen Handlungen.“

[49]) Vgl. Fischer S. 226/27.

würde auf dasselbe herauslaufen, wie die oben abgelehnten Versuche der Bestimmung einer materiellen Rechtswidrigkeit, nämlich: zur Herbeiführung einer dem Rechtsgefühl des einzelnen entsprechenden Entscheidung ein außerrechtliches Prinzip der Rechtsordnung unterzuschieben.

Wie schwierig und wie willkürlich die Entscheidung bei der Annahme dieses „Interessenprinzips" werden würde, das zeigen zur Genüge die temperamentvollen Ausführungen Hold von Ferneks, Oetkers und Fischers u. a. m.[50]). Man beachte z. B., was H. A. Fischer hierzu sagt: „Höchstens bleibt der eine Satz übrig, für den man sich bereits auf Hegel berufen könnte, daß Lebensverlust und Lebensentwertung gegenüber dem Eigentumsverlust und der Vermögensbeschädigung das größere Übel, Leib oder Leben höher als Geld und Gut zu schätzen sei. Daß aber selbst dieser Satz Ausnahmen leidet, namentlich auf der gleitenden Skala geringerer Körperverletzungen gegenüber großen Vermögensverlusten zeigt sich sofort, wenn man sich Oetkers Führung anvertraut und ernsthaft ins Detail hinabsteigt." [51])

Dasselbe, was hier für die Feststellung der Rechtswidrigkeit gesagt ist, gilt auch für die Feststellung der höheren Pflicht. Auch sie ist nur in einem konkreten Einzelfall festzustellen, und einmal kann z. B. die Pflicht, keine Körperverletzung zu begehen, größer sein als die, das Eigentum des anderen unverletzt zu lassen, einmal auch die letztere die größere sein und deshalb ihr nach dem Willen der Rechtsordnung der Vorzug zu geben sein.

4. Aus demselben Grunde kann man auch nicht die im Strafgesetzbuch angedrohten Strafen als Richtmaß nehmen. In den meisten Fällen wird zwar die mit Zuchthaus bedrohte Tat die schwerere und die mit Gefängnis oder Haft bedrohte die weniger gefährliche sein. Aber es kann eigenartige Fälle geben, wo umgekehrt zu entscheiden ist[52]).

---

[50]) Vgl. a. E. Hold von Fernek II S. 77; Oetker, VDA. S. 345; Fischer S. 226/27.

[51]) Vgl. Fischer S. 226/27. Beachtlich sind auch folgende Worte Hold von Ferneks S. 77: „Dazu kommt noch ein weiteres Moment, daß nämlich dieses objektive Schätzen und Vergleichen nicht so ganz der hohen Würde unseres Rechts entspricht." — Und S. 66: „Dürfte man nicht annehmen, daß die Schriftsteller durch die scheinbare Einfachheit der Kollisionstheorie für diese eingenommen wurden, so müßte man die dieser Theorie zugrunde liegende Auffassung von Recht und Gerechtigkeit als geradezu unwürdig bezeichnen. Allerdings hält Themis eine Waage in Händen; aber sie wägt Schuld und Sühne, nicht Rechtsgüter, noch weniger Sachen und Geld. Dies besorgt das Hökerweib."

[52]) Vgl. Schmidt, Notstand S. 389.

B. Positives Ergebnis.

Um die höhere Pflicht festzustellen, bleibt uns nichts anderes übrig, als auf die im Leben geltenden Kulturanschauungen zurückzugehen. Was dieser Kulturanschauung der Gemeinschaft entspricht, wird im allgemeinen mit dem Sinn und Zweck der Rechtsordnung übereinstimmen[53]).

a) Grenze dieses positiven Ergebnisses.

Dieses Zurückgehen auf die Kulturanschauungen darf nur nicht soweit gehen, daß sie in Gegensatz geraten zu dem gesetzten Recht. (Wir haben bereits oben zur Genüge darauf hingewiesen, daß auch das „schlechte" Recht Recht ist und bleibt.)[54]) Das gesetzte Recht aber darf nicht nach formalistischen Gesichtspunkten ausgelegt werden, sondern „der Geist des Rechts als der vernunftgemäßen Ordnung der Lebensbeziehungen"[55]) gibt hier den Ausschlag. — Wollte man die Kulturanschauung zum allein maßgebenden Faktor für die Bestimmung der höheren Pflicht erheben, so würde hiermit auf die allereigentlichste Aufgabe des Rechts verzichtet, dem Handelnden bindende Richtlinien zu geben.

Die herrschende Kulturauffassung ist nicht nach der Meinung des einzelnen festzustellen, sondern objektiv. Und deswegen wird auch bei der Rechtsprechung zum mindesten in wichtigeren Fällen die Stimme des Volkes, in dem die Kultur lebt, durch die Zuziehung von Schöffen oder Geschworenen festgestellt, um so eine gerechte Beurteilung zu garantieren. — Denn ebensowenig wie die persönliche Ansicht des Täters über eine herrschende Kultur ist die des Richters maßgebend. Die der Allgemeinheit am meisten entsprechende Auffassung ist festzustellen.

Bis heute hat man vergebens versucht, eine allgemein anerkannte Formel für die Lösung dieser Fälle, die sich im Gesetzbuch nicht verzeichnen lassen, zu finden. Und eine Formel hierfür wird wohl auch niemals gefunden werden[56]).

---

[53]) Vgl. Schmidt, Notstand S. 371, 375 ff.

[54]) Deswegen mußten wir auch zur Ablehnung der Dohnaschen Formulierung kommen: Rechtmäßig gleich rechtes Mittel zum rechten Zweck. Es mag stimmen und deshalb auch Graf Dohna mit seiner Unterstellung, daß das gesetzte deutsche Recht mit dem richtigen Recht übereinstimme, recht haben; aber ein Beweis hierfür ist nicht erbracht. Und die Übereinstimmung ist auch besonders deshalb fraglich, weil, zumal in der heutigen Welt, die Gesetzgebung allzusehr von parteipolitischen Einflüssen und auch Kompromissen abhängig ist.

[55]) Vgl. RGSt. 61 S. 247; Oetker, Notwehr und Notstand S. 392.

[56]) vgl. Schmidt, Notstand S. 375.

b) Spezialisierung des Ergebnisses.

Bei der Lösung der Pflichtenkollision kommt der Dohnaschen Lehre vom „rechten Mittel zum rechten Zweck" große Bedeutung zu.

Im allgemeinen wird es stimmen, daß eine Handlung das richtige Mittel zum richtigen Zweck ist, „wenn das aufgeopferte Rechtsgut vom sozialen Standpunkt aus gesehen geringerwertig ist im Vergleich mit dem erhaltenen"[57]; aber dies bringt uns nicht weiter, da der „soziale" Standpunkt nicht immer im Einklang ist mit dem Geiste des Rechts, zum mindesten nicht im Einklang sein muß. Man müßte also, um eine in allen Fällen passende Formel zu bringen, sagen „rechtes Mittel zu rechtem Zweck, es sei denn, daß der Gesetzgeber widersprochen hat"[58]). Der Widerspruch des Gesetzgebers wäre dann aus dem Geiste der gesamten Rechtsordnung zu entnehmen.

c) Endgültige Zusammenfassung des Ergebnisses.

Die höhere Pflicht, der also im Falle einer Pflichtenkollision der Vorzug zu geben wäre, wäre dann in einem zu entscheidenden Falle diejenige, die nach dem sozialen Standpunkte höher gewertet würde, es sei denn, daß der Gesetzgeber eine andere Entscheidung gegeben hätte. Man könnte diese Formel mit Eberhard Schmidt[59]) als eine dem Richter gestellte Aufgabe auffassen und mit Artikel I des Schweizerischen Zivilgesetzbuches sagen: „Kann dem Gesetz keine Vorschrift entnommen werden, so soll der Richter nach Gewohnheitsrecht und wo auch ein solches fehlt, nach der Regel entscheiden, die er als Gesetzgeber aufstellen würde; er folgt dabei bewährter Lehre und Überlieferung."

C. Anwendung des gefundenen Prinzips bei Kollision zweier öffentlich-rechtlicher Pflichten.

Die eben gefundene Regelung paßt auch für den Fall, daß zwei öffentlich-rechtliche Pflichten in Konflikt geraten. Ich verweise hier auf die Ausführungen Belings[60]). Wenn er als Beispiel anführt: „so müssen z. B. die Absperrungsmaßregeln für Festplätze bei Volksfesten, die der zuständige Verwaltungsbeamte getroffen hat, oder Vor-

---

[57]) Vgl. Schmidt, Notstand S. 386.
[58]) Vgl. hierzu Nagler S. 371; Zitelmann S. 20 u. a. m.
[59]) Vgl. Schmidt, Notstand S. 375.
[60]) Vgl. Beling, Grenzlinien S. 20 ff.; siehe auch hierzu Beling, Lehre vom Verbrechen S. 158.

kehrungen für das Stattfinden von Automobilrennfahrten regelmäßig durch den Richter gebrochen werden können, der in der betreffenden Örtlichkeit Beschlagnahmen oder Durchsuchungen vorzunehmen befugt ist; denn die damit verbundenen Störungen werden wenigstens in der Regel minder empfindlich sein als der Abbruch, den andernfalls die Strafrechtspflege erleiden würde", so leuchtet dieses unbedingt ein und entspricht auch dem Rechtsgefühl. Aber es kann auch hier derartig verzwickte Fälle geben, daß die umgekehrte Entscheidung angebracht wäre. — Zu entscheiden ist dies nur in jedem einzelnen Falle. Und da der Gesetzgeber für diesen Fall von sich aus nicht bestimmt hat, welche Pflicht die wichtigere ist, ist der Pflicht der Vorzug zu geben, die der sozialen Auffassung der Allgemeinheit entspricht[61]).

Kapitel V.

Anhang.

§ 8.

Die unbefugte Geheimnisoffenbarung und der sogenannte rechtswidrige Befehl.

Wenn uns in den voraufgehenden Paragraphen lediglich die Bedeutung und Regelung der Pflichtenkollision im Strafrecht im allgemeinen beschäftigte, soll im folgenden in kurzen Umrissen zu den Fällen Stellung genommen werden, die am häufigsten in der Literatur als Pflichtenkonflikte behandelt worden sind und deren Lösung des öfteren versucht worden ist.

I. Die unbefugte Geheimnisoffenbarung.

Zunächst soll hier die Rede sein von dem sogenannten Geheimnisbruch durch die im § 300 StGB. genannten Personen.

Die allgemeinen Voraussetzungen, die der § 300 StGB. verlangt, daß es sich z. B. um ein Geheimnis, das kraft des Amtes, Standes und Gewerbes anvertraut wird, handeln müsse, interessiert uns hier nicht[1]). Wir wollen nur feststellen, wann die Offenbarung eine befugte ist.

---

[61]) Vgl. hierzu noch die Ausführungen bei Beling, Grenzlinien S. 36, 40.

[1]) Vgl. hierzu die Ausführungen bei Frank, Strafgesetzbuch S. 671 ff. zu § 300 StGB.; siehe auch Binding, Lehrbuch I S. 127 ff.

An das Wort „unbefugt" hat der Streit angeknüpft. — Daß der Gesetzgeber die Möglichkeit hat, ein Verbot zur Geheimnisoffenbarung absolut zu erlassen, darüber kann kein Zweifel bestehen.

Die katholische Kirche hat sich auf diesen Standpunkt gestellt, daß das Schweigeverbot ein absolutes sei und daß in dem Geistlichen zwei ganz verschiedene Personen verkörpert seien, der Privatmann und der Vertreter der Kirche.

Daß der deutsche Gesetzgeber eine derartige Regelung nicht treffen wollte, geht bereits aus dem Wort „unbefugt" hervor. Denn hiermit sagt er ja bereits, daß es eine befugte Geheimnisoffenbarung geben muß. Was aber unbefugt ist, ist nur dadurch festzustellen, daß man auf den Sinn der erlassenen Vorschrift zurückgeht[2]).

Falsch ist die Ansicht, die u. a. von Aschaffenburg vertreten wird, daß im Strafgesetz dem Worte „unbefugt" stets ein ganz bestimmter Sinn zukomme, nämlich: „ohne vom Berechtigten erhaltene Erlaubnis". „Die herrschende Lehre dagegen erklärt ‚unbefugt' für völlig identisch mit dem geläufigen Ausdruck ‚rechtswidrig'. Und das mit Recht. Schuld an dieser Verwirrung ist einzig und allein die nachlässige Redaktion des z. Z. noch geltenden Strafgesetzbuches, das vielfach für einen und denselben Begriff abwechselnd mehrere Bezeichnungen gebraucht, ohne damit irgendwelche besondere Nuancen ausdrücken zu wollen, und oft in dem einen Tatbestand ein Merkmal hervorhebt, dessen Erwähnung in einem anderen ihm überflüssig dünkt. Diese Unebenheiten der Gesetzessprache sind aber geeignet, die Auslegung des Rechts auf falsche Fährten zu lenken, da der gewissenhafte Forscher dem Gesetzgeber oft die unverdiente Ehre erweist, als das Werk reiflicher Überlegung zu werten, was in Wahrheit nur widerspruchsvolle Inkonsequenz ist."[3])

Um zu einem vernünftigen Ergebnis zu gelangen, hat Jellinek[4]) sich auf den Standpunkt gestellt, daß neben dem Dienst- oder Werkvertrag ein besonderer Schweigevertrag geschlossen werde, dessen Gültigkeit bei Verstoß gegen die guten Sitten entfalle. Diese Lösung kann

---

[2]) U. a. Placzek (S. 64) kommt zur Annahme einer Schweigepflicht, die nur mit besonderer Erlaubnis des Anvertrauenden gebrochen werden könne. Trotzdem behauptet er, daß der aufopferungsvolle Arzt des stolzen Bewußtseins voll, eine edle Tat zu vollbringen, eher der Strafe des Gesetzes gewärtig bleibe, ehe er eine Schandtat gestatte. — Daß dies eine völlige Verkennung des gesetzgeberischen Willens bedeutet, darauf weist Dohna, Rechtswidrigkeit S. 112 mit Recht hin. — Ähnlich Placzek, Aschaffenburg S. 37; Bendix S. 14; a. A. Weber S. 81.

[3]) Vgl. Sauter S. 225 ff.

[4]) Vgl. Jellinek, Verschwiegenheitspflicht S. 683.

deshalb nicht stimmen, weil sie keine Regelung für den Fall bringt, daß es sich um die Behandlung von Geisteskranken handelt.

Wir sehen eine Erklärung in folgendem:

Von unbefugt kann nie die Rede sein, wenn der Gesetzgeber selbst zum Ausdruck gebracht hat, daß er eine Durchbrechung des Berufsgeheimnisses gewollt hat. Und eine derartige Durchbrechung will der Gesetzgeber im § 139 StGB. Die Tendenz des Gesetzgebers ist aus einem Vergleich dieser beiden §§ 300 und 139 mit Sicherheit zu erkennen. In § 300 will er den Anvertrauenden nur insoweit schützen, als nicht die Allgemeinheit gefährdet ist. „Das Schweigegebot dient eben in erster Linie dem Schutze privater Interessen, der § 139 StGB. dagegen gleichzeitig dem Schutz der höchsten Güter, die das Individuum genießt (Leben und Freiheit), und den wichtigsten Interessen der Gesamtheit, ihrem Interesse an der Verhütung schwerer Friedensbrüche, an der Sicherheit des Staates, an der Aufrechterhaltung eines geordneten Rechtszustandes. — Diese Interessen sind so bedeutungsvoll, daß keinerlei persönliches Treuverhältnis die Unterlassung der ihnen förderlichen, zu ihrer Wahrung unbedingt notwendigen Anzeige rechtfertigen könnte, selbst dann nicht, wenn im Prozeß das Zeugnis verweigert, das Berufsgeheimnis aber geachtet werden dürfte. Der innere Grund dieser absoluten, auch für Ärzte und Anwälte keine Ausnahme kennenden Strenge der Anzeigepflicht im Gegensatz zu der viel schwächeren Verbindlichkeit, dem Gericht als Beweismittel zu dienen, liegt darin, daß durch die Anzeige das drohende Verbrechen noch verhütet, durch die Erzwingung des Zeugnisses aber die bereits verübte Untat nicht mehr ungeschehen gemacht werden kann.“ [5])

Nicht nur der § 139 StGB. gestattet eine Durchbrechung des Berufsgeheimnisses, sondern auch andere Gründe können diese rechtfertigen. Nicht nur im gesetzten Recht formulierte Pflichten, sondern auch höhere „Sittenpflichten mit Exzeptionskraft“, wie wir sie bereits oben genannt haben, gewinnen hier häufig Bedeutung. Man muß hier immer fragen: Wollte der Staat, der Gesetzgeber für diesen konkreten Fall Geheimnispflicht? — Die Entscheidung gibt dann das von uns gefundene Prinzip. Und die Grenze, bis zu welcher die Rechtsordnung die Offenbarung anvertrauter Geheimnisse verbietet, ist wohl da zu suchen, „wo solches Verbot eine willkürliche und ungerechtfertigte Bevorzugung der bedingten Interessen des einen zuungunsten überwiegender Interessen eines anderen bedeuten würde. Und es ist deshalb bei

---

[5]) Vgl. Sauter S. 235; auch Dohna, Strafprozeßordnung S. 107; Jellinek S. 674; Ebermayer S. 58, 60, 72; Kleinfeller S. 293; Wachenfeld S. 489 ff.; Löwe-Rosenberg S. 165.

der Auslegung des Gesetzes in der Weise vorzugehen, daß die widerstrebenden Ziele und Wünsche beider Parteien und die dabei kollidierenden Pflichten eines Dritten zu einem objektiv gebotenen Ausgleich gebracht werden“ [6]).

II. Der sogenannte rechtswidrige Befehl.

Der sogenannte rechtswidrige Befehl wird auch häufig als ein Fall der Pflichtenkollision behandelt, und zwar soll ein Widerstreit zwischen der allgemeinen Rechtspflicht und der durch ein Dienstverhältnis begründeten Gehorsamspflicht vorliegen.

Vorausgeschickt sei, daß selbstverständlich der Gesetzgeber die Möglichkeit hat, auch einen rechtswidrigen (rechtswidrig in dem Sinne, daß etwas verlangt wird, was im allgemeinen unrecht ist) Befehl zu einem verbindlichen zu machen.

Die vielverbreitete Annahme einer derartigen Verbindlichkeit — wenigstens innerhalb gewisser Grenzen — hat in der Literatur zu den merkwürdigsten Ansichten und Konstruktionen geführt. Alle Vertreter der Ansicht, daß auch ein rechtswidriger Befehl verbindlich sei, gehen davon aus, und hier beginnt gleich für sie die Schwierigkeit, daß jedenfalls der Vorgesetzte, der den Befehl erteilt hat, verantwortlich gemacht werden muß. So kommen denn die einen zur Annahme eines Entschuldigungsgrundes [7]), andere zur Annahme eines Rechtfertigungsgrundes [8]) und wieder andere zu der merkwürdigen Konstruktion eines bloß subjektiven Unrechtsausschließungsgrundes [9]). Weitere Schwierigkeiten macht es dann, ob man dem durch den rechtswidrigen Befehl Bedrohten ein Notwehrrecht gegen den den Befehl Ausführenden gestatten soll.

Unser Standpunkt geht dahin:
Die falsche Auslegung, die dem § 47 MilStG. von 1872 zuteil wurde, hat zu Rückschlüssen für die anderen Beamten und Angestellten des Reichs und der Länder geführt. Was aber sagt dieser § 47 MilStG.?

---

[6]) Vgl. Dohna, Rechtswidrigkeit S. 115; siehe auch hierzu Ebermayer-Lobe-Rosenberg S. 1014 und die dortigen Literaturangaben. Siehe noch hierzu die Ausführungen bei Sauter S. 229 ff.; vgl. auch die Regelung im Entwurf 1927 § 325.

[7]) z. B. Hegler S. 215 ff.; Battenberg S. 91 ff.; Sauer, Strafrecht S. 322, 642; Mezger, Unrechtselemente S. 303.

[8]) z. B. v. Ammon S. 86 (allerdings mit gewissen Einschränkungen); Wachenfeld S. 133; Girginoff S. 22 ff.; Sülflow S. 55 ff.; Beling, Grundzüge S. 37 u. a. m.

[9]) Vgl. Frank, Strafgesetzbuch S. 139; in seiner neuesten Auflage hat Frank diesen Standpunkt aufgegeben. (Vgl. 18. Aufl. 1. Lief. S. 143/44.)

„Es trifft jedoch den gehorchenden Untergebenden die Strafe des Teilnehmers, wenn ihm bekannt ist, daß der Befehl des Vorgesetzten eine Handlung betraf, welche ein bürgerliches oder militärisches Verbrechen oder Vergehen bezweckte."

Aus diesen Worten schloß man, daß nicht nur alle Befehle, die sich auf bloße Übertretungen erstreckten, ausgeführt werden müßten, sondern auch alle die, bei denen dem Untergebenen der verbrecherische Zweck des Vorgesetzten unbekannt war.

Richtig sind die Ausführungen hierzu in Romen-Rissom, Militärstrafgesetzbuch[10]). „Aus der Tatsache, daß der Untergebene in bestimmten Fällen für Ausführung des Befehls strafrechtlich haftet, folgt zweifelsfrei, daß er in diesen Fällen nicht gehorsamspflichtig ist. Der umgekehrte Schluß dagegen, von der Straffreiheit auf die Gehorsamspflicht, ist erheblichen Einwendungen ausgesetzt, deren Widerlegung, wie es scheint, bisher noch nicht versucht ist."

Noch deutlicher: „Weitergehend hat die Ziff. 2 des § 47, da sie Übertretungen nicht erwähnt, deren Begehung auf Befehl in Dienstsachen für völlig straflos erklärt. Daraus aber auf die Verbindlichkeit eines derartigen Befehls zu schließen, wäre nicht gerechtfertigt."

Unter Beachtung dieser Ausführungen kommen wir zu dem Ergebnis, daß innerhalb des Militärrechts die Verbindlichkeit eines rechtswidrigen Befehls keinesfalls anerkannt ist. Auch im Reichsbeamtengesetz §§ 10, 13 ist erklärt, daß die allgemeine Rechtspflicht immer der Dienstpflicht vorgeht.

Die Grenze für die Verbindlichkeit eines Befehls ist also immer da, wo er mit dem Strafgesetzbuch in Konflikt gerät. Wenn aber für den Untergebenen der Befehl nicht verbindlich ist, dann liegt in Wahrheit auch keine Pflichtenkollision vor[11]).

Um aber die Ausführung aller rechtmäßigen Befehle in Dienstsachen zu sichern, mag der auch in der Pr. A.K.O. vom 11. 5. 1821 (siehe Rissom, Rechtswidriger Befehl S. 225) zum Ausdruck gekommene militärische Vertrauensgrundsatz berechtigt sein, daß der Untergebene dienstlich verpflichtet sei, die Rechtmäßigkeit des Befehls zu unterstellen. „Er trägt also, wenn er einen für rechtswidrig gehal-

---

[10]) Vgl. Romen-Rissom S. 186/87; vgl. hierzu noch die Ausführungen bei Rissom S. 198, 216, 221; ferner Mayer, Rechtswidriger Befehl S. 159 u. a. m.

[11]) Vgl. z. B. Jellinek, Fehlerhafter Staatsakt S. 113: „Was die Notwehr gegenüber der verbrecherischen Tat ist, das ist der bewußte Ungehorsam gegenüber dem verbrecherischen Befehl. Das Staatsorgan, das seine Befehlsgewalt ausnützt, um rechtswidrig auf die Welt der Tatsachen einzuwirken, verdient keinen Gehorsam." Vgl. auch Hatschek S. 96 ff.

tenen Befehl unbefolgt läßt, die Gefahr, sich geirrt zu haben. In diesem Sinne ist die Forderung des unbedingten Gehorsams zu verstehen, deren hinreißende Kraft eine scharfe Zuspitzung auch bei Belehrung des Soldaten rechtfertigt."[12]) Nicht aber wird ein rechtswidriger Befehl hierdurch verbindlich und deswegen kann auch die Ausführung eines derart rechtswidrigen Befehls niemals eine rechtmäßige Handlung sein. Wohl mag Angst und Not und auch die Annahme des Untergebenen, er müsse den Befehl ausführen, seine Handlungsweise entschuldigen. In dem Untergebenen mag insofern auch eine Pflichtenkollision vorliegen, die in Wahrheit nicht gegeben ist. Der Untergebene ist nicht verpflichtet, eine strafbare Handlung auf Befehl seines Vorgesetzten auszuführen. Recht ist und bleibt Recht, und die Befehlsgewalt, die zweifellos dem Vorgesetzten eingeräumt ist, ist nicht dazu da, dieses Recht zu zerstören. Es wäre traurig, wenn der Staat in dieser Weise das Unrecht schützen würde[13]).

Dieselbe Regelung gilt auch innerhalb des § 113 StGB. Die „rechtmäßige Amtsausübung" liegt nicht schon dann vor, wenn ein Beamter formell zuständig ist, sondern auch die materiell-rechtlichen Vorschriften müssen vollkommen erfüllt sein, und Zweck und Wille des den Befehl Erteilenden spielt auch hierbei eine große Rolle. Nicht genügt allein der gute Wille des den Befehl ausführenden Untergebenen.

---

[12]) Vgl. Romen-Rissom S. 184.

[13]) Vgl. hierzu die Ausführungen bei Heilborn S. 125, 136, 137, 145; Mayer, Allgem. Teil S. 334 ff.; Dohna, Recht und Irrtum S. 10 u. a. m.

Lebenslauf.

Als Sohn der Eheleute Sparkassenkassierer Heinrich Bartholomé und Katharina geb. Zimmer in Jülich wurde ich geboren am 27. Februar 1904. Ich besitze die preußische Staatsangehörigkeit und bin katholischer Konfession. — 9 Jahre besuchte ich das humanistische Gymnasium meiner Vaterstadt, das ich Ostern 1923 mit dem Zeugnis der Reife verließ. Nach 2½jähriger Banktätigkeit wandte ich mich im Wintersemester 1925/26 dem Studium der Rechte an den Universitäten Köln (W.S. 1925/26), Freiburg i. Br. (S.S. 1926; W.S. 1926/27) und Bonn (S.S. 1927 bis S.S. 1929) zu. Im März 1929 bestand ich vor dem Juristischen Prüfungsamt beim Oberlandesgericht in Köln die erste juristische Staatsprüfung. Die mündliche Doktorprüfung legte ich am 30. Mai 1930 ab.

Bei der Ausarbeitung meiner Dissertation habe ich vor allem Herrn Prof. Dr. Graf zu Dohna für seine Anregungen zu danken.

Josef Bartholomé.